



VU Research Portal

Onderwijs-cao's: robuust genoeg voor de 21e eeuw?

van Schoonhoven, R.; Brekelmans, F.H.J.G.

2018

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Schoonhoven, R., & Brekelmans, F. H. J. G. (Eds.) (2018). *Onderwijs-cao's: robuust genoeg voor de 21e eeuw? Symposiumbundel*. VU.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Onderwijs-cao's: robuust genoeg voor de 21e eeuw?

Bundel ter gelegenheid van het VU Symposium op 12 oktober 2018

Prof.dr. R. van Schoonhoven & mr. dr. F.H.J.G. Brekelmans (red.)

Met bijdragen van:

Frans Brekelmans

Jorn de Bruin

Marianne van Es

Kees Jansen

André Joosten

Maarten Keune

Gilles Raaijmakers

Renée van Schoonhoven

Jochem Streefkerk

Maarten Tanja

Judith Verbeek

Elmira van Vliet

© Prof.dr. R. van Schoonhoven & mr. dr. F.H.J.G. Brekelmans (red.)

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch fotokopie of anderszins zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteurs.

De uitgave van deze bundel is mede mogelijk gemaakt door:

VU Law Academy

Faculteit der Rechtsgeleerdheid Vrije Universiteit

Inhoudsopgave

<i>Introductie: het cao-model in het onderwijs</i>	5
Frans Brekelmans & Renée van Schoonhoven	
<i>Het poldermodel in crisis</i>	19
Maarten Keune	
<i>De smalle marges van onderwijs-cao's. Is er een sleutel voor het slot?</i>	25
Renée van Schoonhoven	
<i>Acties in het onderwijs en het stakingsrecht anno 2018</i>	35
Elmira van Vliet	
<i>Cao's en medezeggenschap in het onderwijs</i>	43
Kees Jansen	
<i>De CAO PO en het beroep leraar</i>	53
Marianne van Es	
<i>De Commissie van beroep in de onderwijscao's</i>	61
André Joosten	
<i>Haalt de payroll-leraar 2020?</i>	67
Maarten Tanja	
<i>Integraal, maar nog niet collectief. Over de arbeidsvoorwaardelijke positie van IKC-medewerkers</i>	77
Jorn de Bruin & Jochem Streefkerk	
<i>De positie van de bestuurder in de (onderwijs)cao</i>	89
Gilles Raaijmakers	
<i>Ontwaakt bestuurders van het onderwijs! Hebben de bestuurders cao's in het funderend onderwijs een toekomst?</i>	101
Jorn de Bruin, Jochem Streefkerk & Judith Verbeek	
<i>Ten slotte: zijn onderwijs-cao's robuust genoeg voor de 21e eeuw?</i>	113
Renée van Schoonhoven & Frans Brekelmans	

Introductie: het cao-model in het onderwijs

Frans Brekelmans en Renée van Schoonhoven¹

Werkdruk en salarissen in het onderwijs staan hoog op de agenda. En terecht, want zoals bekend is de inzet van de leraar sterk bepalend voor de kwaliteit van het onderwijs. Hoewel veel leraren met hart en ziel en grote betrokkenheid voor de klas staan, is onderwijzen geen hobby of vrijwilligerswerk. Het is een professioneel dienstverband waarbij dus ook arbeidsvoorwaarden komen kijken. Arbeidsvoorwaarden, die zijn opgenomen in een collectieve arbeidsovereenkomst (cao). Deze bundel gaat over de wijze waarop onderwijs-cao's tot stand komen en welke specifieke vraagstukken daarbij anno 2018 leven.

De arbeidsvoorwaarden van het onderwijspersoneel komen tot stand binnen grosso modo dezelfde kaders die we ook in andere maatschappelijke sectoren kennen, namelijk die van het cao-overleg tussen werkgevers en werknemersorganisaties. De kernvraag is of dat model anno 2018 nog wel past bij het onderwijs, wat mogelijke alternatieven of verbeterpunten zijn en hoe arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs aldus robuust genoeg kan zijn voor de 21^e eeuw.

Ter introductie op de thematiek schetsen wij in de eerste paragraaf eerst beknopt de recente historie van het cao-model in het onderwijs. Daarna staan we in paragraaf 2 stil bij het formele kader waarbinnen anno 2018 de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs plaatsvindt. Zal de normalisering van de ambtelijke rechtspositie nog fundamentele veranderingen leiden als het om arbeidsvoorwaardenvorming gaat? Bij die vraag staan we in paragraaf 3 kort stil. Voor het overzicht van de actualiteit gaan we in paragraaf 4 in op de stand van zaken aan de verschillende overlegtafels. De bijdrage wordt afgesloten met een leeswijzer bij deze bundel (paragraaf 5).

1. De invoering van cao's in het onderwijs

Het cao-model is in het onderwijs vrij nieuw.² In de jaren negentig van de vorige eeuw kenden we in de publieke sectoren, waaronder onderwijs, namelijk nog gecentraliseerde arbeidsvoorwaardenvorming. Het onderwijs maakte deel uit van het overleg tussen de minister van Binnenlandse Zaken en de centrales van overheids- en onderwijspersoneel³ over arbeidsvoorwaardelijke onderwerpen. In het streven van de toenmalige kabinetten de

¹ Mr. dr. F.H.J.G. Brekelmans is als bestuursadviseur verbonden aan de Algemene Onderwijsbond (AOB). Prof. dr. R. van Schoonhoven is bijzonder hoogleraar onderwijsrecht met betrekking tot het beroepsonderwijs aan de Vrije Universiteit Amsterdam en tevens zelfstandig werkzaam als onderzoeker.

² Deze paragraaf bevat een bewerking van F. Brekelmans & R. van Schoonhoven, 'De ontwikkeling van de arbeidsvoorwaardenvorming in het Nederlandse onderwijs: van gebaande paden naar hobbelige wegen'. In: *T.O.R.B.* 2016-17/5, p. 441-452. Een uitgebreider historische schets is opgenomen in R. van Schoonhoven en F.H.J.G. Brekelmans, 'Cao of niet-cao: naar een beter model van arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs'. In: *Over de grenzen van de provincie: ontwikkelingen in het onderwijsarbeidsvoorwaardenrecht. Preadviezen voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Onderwijsrecht*. Den Haag: Haegespoorte 1996; R. van Schoonhoven, *Behouden beleid. Naar decentrale arbeidsvoorwaarden in het voortgezet onderwijs* (diss. UvA). Den Haag: Elsevier 1999.

³ Deze centrales van overheids- en onderwijspersoneel waren het Ambtenarencentrum (AC), de Algemene Centrale van Overheidspersoneel (ACOP), de Christelijke Centrale van Overheids- en onderwijspersoneel (CCOOP) en de Centrale van Middelbare en Hogere ambtenaren (CMHF).

verhoudingen meer te normaliseren, werd het 'sectorenmodel' ingevoerd: arbeidsvoorwaardelijke onderwerpen werden in het vervolg niet meer voor de hele publieke sector in één overleg bepaald, maar kwamen terecht op verschillende sectortafels, waaronder het onderwijs. De minister van OCW overlegde daarop met de centrales van overheids- en onderwijspersoneel over vrijwel alle arbeidsvoorwaarden.

In diezelfde periode, eerste helft van de jaren 1990, stond het onderwijsbeleid sterk in het teken van autonomievergroting en deregulering.⁴ De bedoeling van de wetgever was om terug te treden, minder (gedetailleerde) regels voor te schrijven, zodanig dat meer bewegingsruimte voor instellingen en burgers zou ontstaan en dat op het decentrale niveau ook de verantwoordelijkheid voor eigen beslissingen kon worden vastgelegd. In dat licht kwam er een nieuw bekostigingssysteem: de zogeheten declaratiebekostiging werd vervangen door de lumpsumbekostiging. Daarbij paste ook een verdere decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming. Immers, lumpsumfinanciering heeft niet zoveel zin als het leeuwendeel van de kosten opgaat aan personeel en bevoegde gezagsorganen geen zeggenschap hebben over die kosten. Lumpsumbekostiging en decentralisatie van arbeidsvoorwaarden waren kortom onlosmakelijk met elkaar verbonden.

De decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs is niet in één keer, maar stapsgewijs doorgevoerd. In elke successievelijke sector (zie hierna) werd eerst het overleg over de secundaire arbeidsvoorwaarden – bijvoorbeeld personeelsbeleid en werkverdeling – gedecentraliseerd naar een sectorale cao, die werd afgesloten tussen organisaties van werkgevers en werknemers in de betreffende onderwijssector. De primaire arbeidsvoorwaarden – salarissen, pensioenen, sociale zekerheid – bleven in deze fase nog voorbehouden aan het landelijke overleg tussen de minister van OCW en de onderwijsvakorganisaties. Daarna werden ook de primaire arbeidsvoorwaarden gedecentraliseerd, waarbij de minister van OCW nog zorgde voor een waarborg op de financiële elementen van deze sector-cao's door middel van de zogeheten 'kaderbesluiten rechtspositie'.⁵ De decentrale afspraken dienden binnen het kader van deze bepalingen te blijven. Ten slotte werden ook deze kaderbesluiten ingetrokken.

Bij de invoering van nieuwe regimes van arbeidsvoorwaardenvorming is men niet over één nacht ijs gegaan. Voor het wetenschappelijk en het hoger beroepsonderwijs was het in 1999 zo ver.⁶ In 2003 volgde het middelbaar beroepsonderwijs.⁷ Daarna was het in 2007 de beurt aan het

⁴ In voor deze periode kenmerkende beleidsdocumenten – zoals de *HOAK-nota* (1985) voor het hoger onderwijs en *De school op weg naar 2000* (1988) voor het primair en voortgezet onderwijs (dat toen nog het mbo omvatte) – wordt gesteld dat de centrale sturing niet meer voldoet en dat de oplossingen moeten worden gezocht in de sfeer van autonomievergroting en deregulering. Op deze wijze komt op scholen maatwerk tot stand dat zal leiden tot beter onderwijs.

⁵ Deze bevatten bepalingen rond de algemene salarisontwikkeling, de te hanteren uitgangspunten voor functiewaardering, algemene arbeidsduur en sociale zekerheid.

⁶ Besluit decentralisatie arbeidsvoorwaardenvorming universiteiten, hogescholen en onderzoeksinstituten; *Stb.* 1999, 528. Het Kaderbesluit rechtspositie HBO heeft nog een partiële doorloop gekend voor centrale directies en colleges van bestuur van hogescholen, is later omgezet naar het Besluit rechtspositie leden centrale directies en van colleges van bestuur van hogescholen, en is ingetrokken met *Stb.* 2011, 308.

⁷ *Stb.* 2003, 233. Zie voorts wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) in verband met de decentralisatie van de arbeidsvoorwaarden, *Stb.* 2002, 204.

voortgezet onderwijs.⁸ Het primair onderwijs kreeg in 2006 te maken met de lumpsumbekostiging; de decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming werd in deze sector in 2013 afgerond.⁹

Voor de decentralisatie was van overheidswege een vereiste dat aan werkgeverszijde krachtenbundeling zou plaatsvinden. Dit om de cao-onderhandelingen met de vakbonden ook met enige tegenkracht te kunnen voeren én om via de statuten de afzonderlijke bevoegde gezagsorganen ook te kunnen binden aan de uitkomsten van het cao-overleg. In de afgelopen twee decennia zijn derhalve ontstaan, voor achtereenvolgens het wetenschappelijk onderwijs: de Vereniging van Nederlandse Universiteiten (VSNU), het hoger beroepsonderwijs: de Vereniging Hogescholen, het middelbaar beroepsonderwijs: de MBO Raad, en voor het voortgezet en primair onderwijs: de VO Raad en de PO Raad.

Kortom, in twee decennia tijd wordt tussen 1995 en 2015 op decentraal niveau het cao-model in de verschillende onderwijssectoren ingevoerd. Bevoegde gezagsorganen kunnen sindsdien overleggen met onderwijsvakorganisaties en/of personeelsvertegenwoordigingen over, onder meer, salarissen, andere arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden. Zij kiezen er vrijwel zonder uitzondering voor om op niveau van de sector – en niet op dat van hun eigen organisatie – aan overlegtafels met de onderwijsvakorganisaties tot collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) te komen.¹⁰

In dezelfde periode zien wij voorts enkele ontwikkelingen die in deze introductie vermeldenswaard zijn, omdat deze wellicht het begin zijn van meer structurele ontwikkelingen. Het betreft dan de volgende punten.

In de eerste plaats wijzen wij op de oprichting van de Stichting van het Onderwijs. In de Nederlandse arbeidsverhoudingen vervult de Stichting van de Arbeid (StAr) sinds jaar en dag een belangrijke functie. De StAr heeft als doel het bevorderen van goede arbeidsverhoudingen door het stimuleren van overleg tussen werkgevers en werknemers en hun organisaties en kan advies geven aan de overheid of anderszins haar opvattingen kenbaar maken. De StAr fungeert reeds lang als een invloedrijk platform van sociale partners in Nederland. Naar dit voorbeeld heeft de commissie-Rinnooy Kan¹¹ in 2007 geadviseerd om een Stichting van het Onderwijs op te richten. Dit om op nationaal niveau als het om het onderwijs gaat een meer eenduidig en daadkrachtiger geluid naar beleid en politiek te kunnen verwoorden. Blijkens de statuten streeft de Stichting van het Onderwijs naar goed onderwijs ten gunste van een open democratische samenleving. Deze doelstelling is derhalve niet enkel gericht op het bevorderen van goede arbeidsverhoudingen en is ruimer van

⁸ *Stb.* 2007, 48. Intrekking Kaderbesluit rechtspositie VO. Zie voorts de wijziging van de WVO in verband met verdere decentralisatie arbeidsvoorwaarden, *Stb.* 2006, 19.

⁹ *Stb.* 2013, 460. Intrekking Kaderbesluit rechtspositie PO. Zie voorts de wijziging van o.m. de WPO in verband met decentralisatie arbeidsvoorwaarden, *Stb.* 2011, 558.

¹⁰ De CAO VO bestaat uit twee delen. Afwijken van deel 1 van deze cao is niet mogelijk, wel van deel 2. Op grond hiervan heeft schoolbestuur OMO een ondernemingscao (cao-OMO) met de bonden afgesloten, die in de plaats treedt van deel 2 van de CAO VO. In de CAO HBO wordt de mogelijkheid geboden om in bepaalde gevallen op niveau van de hogeschool, in het lokale cao-overleg, een nadere invulling te geven aan een bepaalde regeling. Het resultaat van deze regeling wordt neergelegd in een ondernemingsovereenkomst.

¹¹ Commissie Leraren, *LeerKracht!* Den Haag: Ministerie van OCW 2007. Deze commissie wordt ook wel de commissie-Rinnooy Kan genoemd.

aard. Wellicht mede daardoor heeft de stichting nog niet een gezaghebbende positie weten te realiseren die vergelijkbaar is met die van de Stichting van de Arbeid.

In de tweede plaats wijzen we op de toegenomen aandacht voor de rechtspositie en beloning van bestuurders in het onderwijs. Mede ten gevolge van de doorgevoerde scheiding tussen het besturen van en toezicht houden op onderwijsinstellingen, zien we in het achterliggende decennium dat meer aandacht ontstaat voor de rechtspositie van onderwijsbestuurders. In de onderwijswetten wordt in deze periode de bepaling ingevoerd dat de intern toezichthouder de bestuurder benoemt en ontslaat. Daarmee fungeert de intern toezichthouder als werkgever van de bestuurder.¹² De intern toezichthouders hebben zich voorts verenigd in de Vereniging van Toezichthouders in Onderwijsinstellingen en Kinderopvang (VTOI). De VTOI heeft sinds 2011 mede de functie van werkgeversorganisatie en sluit dan ook, met bestuurdersverenigingen, cao's af voor bestuurders in onderwijsinstellingen. Sinds 2014 is er een cao voor bestuurders in het voortgezet onderwijs; sinds 2016 ook voor bestuurders in het primair onderwijs.¹³ Overigens is er in het onderwijs, net als elders in de semipublieke sector, aandacht ontstaan voor de hoogte van de salarissen van bestuurders en de vergoedingen voor toezichthouders. In eerste aanleg gebeurde dat via de Wet-Harrewijn, die stelde dat de hoogte van de beloningen bekendgemaakt diende te worden aan het medezeggenschapsorgaan van de instellingen. Vervolgens kwam er in 2013 de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, ook aangeduid als de Wet normering topinkomens (WNT). De WNT en de daaraan gelieerde regelgeving bepalen dat beloningen van bestuurders in het onderwijs bepaalde maxima niet mogen overschrijden.

In de derde plaats kan gewezen worden op de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren. In 2011 dienen de Kamerleden Koser Kaya en Van Hijum een initiatief tot wetsvoorstel in tot normalisering van de rechtspositie van ambtenaren. Het wetsvoorstel is inmiddels tot wet verheven.¹⁴ Dat betekent dat het verschil in rechtspositie tussen onderwijspersoneel in het bijzonder, respectievelijk openbaar onderwijs, wordt opgeheven (zie ook hierna). Naar verwachting treedt deze wet op 1 januari 2020 in werking.

¹² Zie M.F. Nolen, *De bestuurder in het onderwijs. De juridische positie van de bestuurder in vijf onderwijssectoren* (diss.). Den Haag: BJu 2017. Met betrekking tot de positie van het ontslag van een bestuurder van de *stichting* verwijzen we naar de uitspraak van de Rb. Noord-Nederland 30 mei 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2031.

¹³ Overigens, de Tweede kamer heeft onlangs een motie aangenomen dat de bestuurders onder de cao-po en de cao-vo moeten komen te vallen. *Kamerstukken II* 27 923, 286. De motie maakt niet duidelijk op welke wijze de minister van OCW kan ingrijpen in het cao-recht.

¹⁴ *Stb.* 2017, 123. Zie ook: F.H.J.G. Brekelmans & E. van Vliet, 'Wet normalisering rechtspositie ambtenaren en het openbaar onderwijs'. In: *School en Wet*, 2018 (juni), p. 10-15.

2. Het huidige kader voor arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs

Wat is nu het formele kader waarbinnen de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs plaatsvindt?

Voor een antwoord op die vraag is het nodig eerst aan te geven dat – zoals genoeglijk bekend - het onderwijs in Nederland een duaal karakter draagt: het bestaat uit openbaar en bijzonder onderwijs. Artikel 23 van de Grondwet vormt hiervoor de grondslag. Aan het duaal karakter zijn verschillen in rechtspositie tussen het personeel verbonden, die doorwerken in de arbeidsvoorwaardenvorming. Is men namelijk in het openbaar onderwijs werkzaam, dan is men ambtenaar¹⁵ en is het ambtenarenrecht van toepassing.¹⁶ Bij besluiten aangaande de rechtspositie en arbeidsvoorwaarden zijn de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Is de leraar werkzaam in het bijzonder onderwijs, dan is hij werknemer en is op beslissingen aangaande zijn rechtspositie en arbeidsvoorwaarden titel 10, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing.¹⁷

Voor de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs is tegen deze achtergrond het volgende van belang.

Artikel 125 van de Ambtenarenwet (AW) bepaalt dat het bevoegd gezag voorschriften vaststelt betreffende (onder meer): (a) aanstelling, schorsing en ontslag, (b) bezoldiging en wachtgeld, (c) verlof en vakantie, (d) voorzieningen in verband met ziekte (e) disciplinaire straffen (f) overige rechten en verplichtingen en (g) de wijze, waarop met de daarvoor in aanmerking komende vakorganisaties van overheidspersoneel overleg wordt gepleegd over aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van de ambtenaren, alsmede de gevallen waarin overeenstemming in dat overleg dient te worden bereikt. In lijn met de Ambtenarenwet bevat de onderwijswetgeving regels over de arbeidsvoorwaardenvorming in het openbaar onderwijs.

In de eerste plaats bepaalt de onderwijswetgeving dat het bevoegd gezag van een openbare school de rechtspositie van het personeel regelt.¹⁸

In de tweede plaats bepaalt de onderwijswetgeving dat de bepalingen omtrent ontslag van het personeel van de openbare scholen niet minder rechten mogen verschaffen dan die welke voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voortvloeien uit de bepalingen van dwingend recht van titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek gelden.¹⁹

In de derde plaats staat in de onderwijswetgeving dat het bevoegd gezag van de openbare school over de rechtspositieregeling of over andere aangelegenheden van algemeen belang voor de

¹⁵ Art. 1 eerste lid AW. Een ambtenaar in de zin van deze Ambtenarenwet (AW) is degene, die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn.

¹⁶ Zie S.F.H. Jellinghaus & E.G.M. Huisman, 'De ambtenaar'. In: G.W. Van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*. Den Haag: BJu 2017, p. 55-100.

¹⁷ Zie F.H.J.G. Brekelmans & E. Van Vliet, 'De leraar'. In: G.W. Van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*. Den Haag: BJu 2017, p. 101-142.

¹⁸ Art. 33 WPO; art. 33 WEC; art. 38a WVO; art. 4.1.2. WEB; art. 4.5. WHW.

¹⁹ Art. 33 WPO; art. 33 WEC; art. 38a WVO; art. 4.1.2. WEB; art. 4.5. WHW.

rechtstoestand van het personeel overleg dient te voeren met de daarvoor in aanmerking komende vakorganisaties van overheids- en onderwijspersoneel.²⁰ Deze bepaling komt overeen met de verplichting neergelegd in artikel 125 AW. Met deze bepalingen voldoet de wetgever aan artikel 109 Grondwet, waarin is bepaald dat de overheid de arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel dient te regelen. Tevens wordt hiermee voldaan aan de eis opgenomen in ILO-verdrag nummer 151, artikel 7, dat de overheid vertegenwoordigers van het personeel in staat moet stellen deel te nemen aan overleg over de arbeidsvoorwaarden van het personeel. Overigens blijkt uit het ontwerp voor het wetsvoorstel Normalisering rechtspositie in het onderwijs²¹ dat de overlegverplichting van de werkgever over de arbeidsvoorwaarden voor alle onderwijssectoren en ook voor werkgevers in het bijzonder onderwijs gehandhaafd blijft.

Aangezien de leraar in het bijzonder onderwijs werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, is zoals hiervoor aangegeven het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing. Dit is opgenomen in titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en kent niet, zoals artikel 125 AW, de verplichting om met de vakorganisaties te overleggen over de arbeidsvoorwaarden. De onderwijswetgeving bepaalt wel dat het bevoegd gezag van een bijzondere school zorg draagt voor de regeling van de rechtspositie van het personeel en dat het over de rechtspositieregeling of over andere aangelegenheden van algemeen belang voor de rechtstoestand van het personeel overleg dient te voeren met de daarvoor in aanmerking komende vakorganisaties van overheids- en onderwijspersoneel.²² De werkgever verplichten te overleggen met bepaalde vakorganisaties is in strijd met de vrijheid van collectief onderhandelen, zoals dat geregeld is in onder andere het ILO-Verdrag nrs. 87 en 98.²³

Zoals hiervoor opgemerkt hebben de werkgevers in het onderwijs er niet voor gekozen dat elke werkgever afzonderlijk de arbeidsvoorwaarden voor zijn personeel vaststelt. Per sector overleggen de werkgeversorganisaties met de werknemersorganisaties over de arbeidsvoorwaarden. Het resultaat wordt neergelegd in een sector-cao: de cao-po, cao-vo, cao-mbo, cao-hogescholen en de cao-universiteiten. Feitelijk vindt de arbeidsvoorwaardenvorming dus per onderwijssector plaats. De gebondenheid aan deze cao's wordt in het bijzonder onderwijs – net als in andere semi-publieke en marktsectoren - gereguleerd door de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet cao) en de Wet op het algemeen verbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet avv). In het onderwijs is alleen de cao voor bestuurders in het voortgezet onderwijs algemeen verbindend verklaard. Voor het gebrek aan algemeen verbindend verklaarde onderwijs-cao's is geen empirisch geverifieerde verklaring beschikbaar. Het lijkt ons waarschijnlijk dat het verschil in rechtspositie tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs daarin meespeelt. Hoe het ook zij, de sector-cao's in het onderwijs worden tot op heden niet algemeen verbindend verklaard. De individuele werkgevers in het onderwijs zijn via de statuten van hun werkgeversorganisatie gebonden aan de cao. Overigens is in de onderwijs-cao's steeds aangegeven dat de cao pas van toepassing is op het personeel werkzaam in het openbaar onderwijs, als het bevoegd gezag van een openbare onderwijsinstelling op grond van een besluit de cao als algemeen verbindend voorschrift - i.c. het rechtspositiereglement - voor het personeel

²⁰ Art. 38 WPO; art. 38 WEC; art. 40a WVO; art. 4.1.2. WEB; art. 4.5. WHW.

²¹ Versie internetconsultatie van 29 januari 2018.

²² Zie de artikelen genoemd in de noten 18 tot en met 20.

²³ Zie F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht*. Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 275-296.

heeft vastgesteld. Ambtenaren kunnen namelijk geen rechtstreekse rechtspositionele aanspraken ontlenen aan de bereikte overeenstemming tussen het bevoegd gezag en de vakorganisaties. Deze overeenstemming moet eerst in een publiekrechtelijke regeling zijn vastgelegd. In een zaak oordeelde de Centrale Raad van Beroep namelijk dat een verwijzing in de akte van aanstelling naar de cao niet voldoet.²⁴ Op grond van de onderwijswetgeving, in casu artikel 38a van de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO), rustte op het bevoegd gezag de taak om een algemeen verbindend voorschrift (rechtspositiereglement) tot stand te brengen.

Aan de sectortafels wordt kortom overlegd over de rechtspositie en arbeidsvoorwaarden van het onderwijspersoneel in zowel het bijzonder als het openbaar onderwijs. Daarbij is het vanwege het – nu nog bestaande – formele verschil in rechtspositie tussen ambtenaren en werknemers nodig om op onderdelen dit onderscheid in de cao te markeren. Bijvoorbeeld als het gaat om bepalingen over het ontslag, die in juli 2015 voor werknemers vrij fundamenteel zijn gewijzigd bij ommekomst van de Wet Werk en Zekerheid. Een voorgenomen ontslag van de werknemer wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid (art. 7:669, lid 3, onderdelen a en b BW) wordt door het UWV getoetst. Als het gaat om andere redenen, veelal in de persoon van de werknemer gelegen, wordt het ontslag door de kantonrechter getoetst (art. 7:669, lid 3 onderdelen c tot en met h BW). De ontslaggronden van de ambtenaar zijn echter opgenomen in het rechtspositiereglement van het bevoegd gezag waar hij werkzaam is. Als de ambtenaar zijn ontslag wil aanvechten, zal hij eerst tegen het ontslag bezwaar moeten maken, waarna het ontslagbesluit kan worden aangevochten bij de rechtbank (sector bestuursrecht) en in hoger beroep open bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB).

In de onderwijs-cao's worden overigens niet alle arbeidsvoorwaarden in detail uitgewerkt. Regelmatig wordt gekozen voor het beleggen van bepaalde onderwerpen bij het overleg tussen bevoegd gezag en medezeggenschapsorgaan. Laat onverlet dat volgens de cao's en de medezeggenschapswetgeving de vakbonden het primaat hebben bij arbeidsvoorwaardenvorming. Zo bepaalt de medezeggenschapswetgeving dat een bevoegdheid, toegekend aan het medezeggenschapsorgaan niet van toepassing is, voor zover de desbetreffende aangelegenheid reeds inhoudelijk in een cao (bijzonder onderwijs) of rechtspositieregeling (openbaar onderwijs) is geregeld. De wetgever spreekt van 'inhoudelijk geregeld', hetgeen betekent dat wanneer de betreffende aangelegenheid niet volledig inhoudelijk in de cao of rechtspositieregeling is uitgewerkt, het medezeggenschapsorgaan over deze ruimte de medezeggenschap behoudt. De cao en de rechtspositieregeling geven vervolgens aan over welke onderwerpen overleg tussen de werkgever en de bonden plaatsvindt. Zo staat in de cao-vo: "In aanvulling op deze cao vo voert de werkgever met de vakbonden het overleg over de volgende aangelegenheden: a. de rechtspositionele gevolgen van (besturen)fusie en reorganisatie, waaronder begrepen opheffing van een school en oprichting van een centrale dienst, en b. de wijziging van het werkgelegenheidsbeleid."

De cao/rechtspositieregeling kan de aangelegenheden die worden overgelaten aan het overleg tussen de werkgever en het medezeggenschapsorgaan, al dan niet voorzien van kaders. Zo bepaalt de cao-mbo dat bij het opstellen van een werktijdenregeling (onder meer) de volgende kaders in acht genomen moeten worden: een werkweek van 40 uur, de jaartaak bedraagt maximaal 1.659

²⁴ CRvB 22 december 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU9118.

uur en de werknemer (direct betrokken bij het onderwijsproces) kan op 200 dagen worden ingezet voor het verrichten van werkzaamheden.

Ten slotte is relevant op te merken dat niet alle arbeidsvoorwaarden tot stand in het overleg tussen de werkgever en de bonden, dan wel het medezeggenschapsorgaan. Er is immers ook nog het overleg tussen individuele werknemer en werkgever. Dit betekent dat de werkgever over andere aangelegenheden afspraken met de werknemer kan maken.

3. Wijzigt de normalisering van de ambtelijke status ook de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs?

In het kader zoals voorgaand geschetst, treedt komende jaren naar verwachting een belangrijke wijziging op, i.c. de normalisering van de ambtelijke status. Deze kan in beginsel leiden tot (aanzetten tot) veranderingen in het overlegmodel in het onderwijs, reden waarom we er op deze plaats bij stil staan.

Met de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) wordt de eenzijdige aanstelling van de ambtenaar van rechtswege omgezet naar een arbeidsovereenkomst en wordt voor alle ambtenaren het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing. Naar verwachting gebeurt dit per 1 januari 2020.²⁵ Omdat het personeel werkzaam in openbare scholen en bij openbare universiteiten eveneens een ambtelijke aanstelling heeft, ook indien de openbare school ressorteert onder een van de gemeente verzelfstandigde stichting voor openbaar onderwijs, en in de sectorale onderwijswetten regels staan met betrekking tot de rechtspositie van dit personeel, is het nodig om bij invoering van de Wnra op de relevante aspecten tevens de onderwijswetten te wijzigen. Dat beoogt het wetsvoorstel Normalisering rechtspositie ambtenaren in het onderwijs (Wrna-o).²⁶

In de context van deze bundel voert het te ver om stil te staan bij alle rechtspositionele consequenties van de Wrna en de Wrna-o voor het personeel werkzaam in het openbaar onderwijs.²⁷ We staan wel in het zaak de aspecten die relevant kunnen zijn voor de arbeidsvoorwaardenvorming in de onderwijssectoren op deze plaats alvast te benoemen.

Ten eerste: de aanstelling van het personeel in het openbaar onderwijs zal van rechtswege worden omgezet in een arbeidsovereenkomst. De contractuele relatie wordt het uitgangspunt in de verhouding tussen de overheidswerkgever en individuele ambtenaar. De eenzijdige ambtelijke aanstelling verandert in een tweezijdige overeenkomst, waarbij wilsovereenstemming tussen partijen de kern is.

Ten tweede: op collectief niveau staat eveneens de overeenkomst, de af te sluiten collectieve arbeidsovereenkomst, centraal. Bevoegde gezagsorganen in het openbaar onderwijs die lid zijn van de werkgeversorganisatie die de cao afsluit, zijn daardoor in het vervolg gebonden aan de nieuwe cao. Overname van de cao-afspraken in een publiekrechtelijke regeling van het bevoegd gezag is na de normalisering niet meer nodig, omdat dan immers ook voor het personeel op openbare

²⁵ Kamerstukken II 2016/17, 32 550, 61.

²⁶ Het ontwerp-wetsvoorstel is eind januari 2018 ter internetconsultatie aangeboden. Bij het samenstellen van deze bundel ligt het ontwerp ter advisering voor bij de Raad van State.

²⁷ Zie daarvoor F.H.J.G. Brekelmans & E. van Vliet, 'Wet normalisering rechtspositie ambtenaren en het openbaar onderwijs'. In: *School en Wet*, 2018 (juni), p. 10-15.

scholen en openbare universiteiten de Wet op de cao van toepassing is. De binding van de individuele personeelsleden in het openbaar onderwijs aan de uitkomsten van het overleg zal daardoor strikt genomen formeel wel veranderen;²⁸ we gaan er echter vanuit dat deze formele wijziging in de onderwijspraktijk grotendeels onopgemerkt zal blijven.

Hiervoor stipten we aan dat nu nog in de onderwijswetgeving staat dat het bevoegd gezag van een openbare school en openbare universiteit de rechtspositie van het personeel regelt. Het woord 'regelt' zal door de Wrna-o vervangen worden door 'draagt zorg voor'. Deze laatste woorden drukken uit dat het gaat om een privaatrechtelijke verhouding tussen de werkgever en de werknemer. Het ontwerp voor de Wrna-o handhaaft echter wel de bepaling over het georganiseerd overleg: de werkgever moet over de rechtspositie overleg voeren met de daarvoor in aanmerking komende verenigingen van werknemers, op een met deze schriftelijk overeengekomen wijze. Daardoor zal naar verwachting ook na inwerkingtreding van de Wrna en Wrna-o de huidige situatie, dat niet de werkgever maar de sectorraden met de bonden invulling geven aan de overlegverplichting via de cao, blijven bestaan.

Ten derde: de sturing van de overheid op de inhoud en het volume van de arbeidsvoorwaarden. Nu nog zijn de onderhandelingen in de onderwijssectoren vrij stevig gebonden aan de marges die daarvoor door het Ministerie van Financiën beschikbaar worden gesteld. Zal hierin als gevolg van de normalisering meer beweging komen? Voor een antwoord op deze vraag verwijzen we alvast naar de bijdrage van Van Schoonhoven verderop in deze bundel.

4. De stand van zaken aan de overlegtafels in het onderwijs

De afgelopen periode heeft in alle onderwijssectoren overleg plaatsgevonden tussen sociale partners over een nieuwe sector-cao.

De sociale partners in het *primair onderwijs* hebben in juni 2018 een akkoord bereikt over de CAO PO 2018-2019, dat inmiddels is omgezet in een cao-tekst. De cao heeft een looptijd tot 1 april 2019. Enkele belangrijke bepalingen uit het onderhandelaarsakkoord zijn:

- De salarisontwikkeling;
- Afspraken over de verdeling van het werk worden in het team gemaakt;
- De aanpassing van de functiebeschrijvingen van leraren;
- Het loongebouw is gewijzigd;
- De werkgevers krijgen meer ruimte om vervanging bij ziekte goed te organiseren. Sociale partners dienen daartoe een verzoek in bij het ministerie van SZW, zodat schoolbesturen vanaf het schooljaar 2018-2019 gebruik kunnen maken van de uitzondering op de ketenbepaling;
- De bovenwettelijke uitkeringen worden aangepast.

De collectieve acties lopen overigens ook na dit akkoord door. Medio september heeft een estafettetaking in Zuid-Holland en Zeeland plaatsgevonden.

²⁸ Zie ook L.C.J. Sprengers, 'Het arbeidsvoorwaardenoverleg na normalisering'. In: B. Barentsen, N. Hummel en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Van ambtenaar naar ambtenaar. De Wet normalisering rechtspositie ambtenaren*. Vereniging Ambtenaar & Recht, 2018, p. 147-164.

In juni 2018 bereikten ook de sociale partners in het *voortgezet onderwijs* een onderhandelingsakkoord inzake de CAO VO 2018-2019. De nieuwe cao loopt tot 1 oktober 2019. In het akkoord wordt aangegeven dat er snel iets gedaan moet worden aan de werkdruk, de salarisperspectieven en de arbeidsvoorwaarden van het onderwijspersoneel, waardoor het imago van werken in het onderwijs wordt verbeterd. Sociale partners merken daarbij op dat de bedragen die hiermee zijn gemoeid, door de overheid beschikbaar moeten worden gesteld. Zij geven aan dat het akkoord is bereikt binnen de beperkte ruimte die momenteel voorhanden is. In het licht van deze situatie hebben zij onder meer afspraken gemaakt over:

- De salarissen;
- De werkdruk en ontwikkeltijd; in dit verband wordt de lestaak gereduceerd, waarmee een eerste stap wordt gezet om de werkdruk voor alle leraren in het voortgezet onderwijs te verminderen;
- Het terugdringen van het aantal onbevoegde leraren.

De huidige cao in het *middelbaar beroepsonderwijs* loopt door tot 1 oktober 2018. Daags voor de afronding van deze bundel, op 12 september 2018, hebben sociale partners een onderhandelaars akkoord bereikt over de nieuwe cao, die zal doorlopen tot juli 2020. Naast afspraken over de salarisontwikkeling, bevat het akkoord afspraken over vermindering van werkdruk, verhoging van het werkplezier en inwerktijd voor startende docenten.

Sociale partners in het *hoger beroepsonderwijs* hebben in maart 2018 een principeakkoord bereikt over de CAO HBO 2018-2020. Dit akkoord is inmiddels omgezet naar een cao-tekst. De thema's waarover overeenstemming is bereikt, zijn onder meer de volgende:

- Salarisontwikkeling;
- De sociale partners blijven inzetten op verhoging van de kwaliteit van onderwijs en onderzoek, van de onderwijsorganisatie en de medewerkers. Het gezamenlijke doel van sociale partners is het faciliteren van hogescholen bij het verzorgen van hoogwaardig onderwijs en onderzoek;
- De werkdruk; op iedere hogeschool wordt samen met de medezeggenschap een plan gemaakt voor het terugdringen van de werkdruk van de medewerkers;
- Professionalisering en duurzame inzetbaarheid.

Dan ten slotte nog de *universiteiten*: eind mei 2018 hebben de sociale partners een onderhandelaarsakkoord bereikt over aanpassing van de CAO Nederlandse Universiteiten; het akkoord is eind juni omgezet in een definitief akkoord. De cao heeft een looptijd tot en met 31 december 2019. Belangrijke thema's in het akkoord zijn:

- Salarisontwikkeling;
- Bevorderen van mobiliteit en duurzame inzetbaarheid;
- Meer carrièreperspectieven en werkzekerheid voor junior docenten en postdocs;
- Uitvoering van het Vitaliteitspact 2019: partijen beogen hiermee werknemers in staat te stellen gezond en vitaal tot de AOW te blijven werken;
- De plannen van aanpak inzake werkdruk worden uitgevoerd.

Uit dit beknopte overzicht komt naar voren dat - als het om de *inhoud* gaat - uiteraard afspraken worden gemaakt over de salarisontwikkeling en dat daarnaast het reduceren van werkdruk een

overeenkomstig element is van de afgesloten onderwijs-cao's. Dat geldt ook voor afspraken over het realiseren van een duurzame inzetbaarheid van het onderwijspersoneel.

Voor wat betreft de *vorm* is een constante dat de cao's voor 1, hooguit 2 kalenderjaren worden afgesloten. Blijkbaar hebben sociale partners in het onderwijs te weinig zicht op de financiële kaders om looptijden met een langere duur overeen te kunnen komen.

5. Over de bijdragen in deze bundel

In de achterliggende twee decennia is in het onderwijs de mogelijkheid ontstaan om de arbeidsvoorwaardenvorming zelf vorm en inhoud te geven. Deze kans is benut: het afsluiten van sectorale onderwijs-cao's is inmiddels gemeengoed. Het cao-model krijgt de komende jaren nog een impuls in die zin dat door de normalisatie van de ambtelijke status het onderhandelingsresultaat van die tafels ook directe doorwerking krijgt in de arbeidsvoorwaarden van het personeel werkzaam op openbare scholen en universiteiten.

Nu de decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming is gerealiseerd, wordt het echter ook tijd om te kijken naar hoe het nu gaat en wat de toekomst van dit cao-model in het onderwijs is. Is het wenselijk om op de huidige wijze te blijven werken met sectorale cao's in het onderwijs? Of zijn in die opzet en structuur verbeteringen nodig en mogelijk? En biedt het cao-model voldoende ruimte voor het inpassen van ontwikkelingen in en rond het onderwijs? Deze vragen worden door de auteurs in deze bundel geadresseerd.

Als eerste gaat Maarten Keune in op de context waarbinnen deze vragen te situeren zijn, namelijk die van de arbeidsvoorwaardenvorming in Nederland in het algemeen. In zijn bijdrage *Het poldermodel in crisis* beschrijft hij de knelpunten die zich daarin voordoen, en die we eveneens terugzien in het onderwijs: de verschuiving in machtsbalans tussen werkgevers en de vakbonden en de afnemende invloed van sociale partners op het overheidsbeleid. Hij geeft aan welke krachten deze ontwikkeling veroorzaken en bepleit een koerswijziging bij sociale partners om het tij te keren.

Aansluitend beschrijft Renée van Schoonhoven in *De smalle marges van onderwijs-cao's* de Gordiaanse knoop die de cao-overleggen in het onderwijs omvat, namelijk het budgetrecht van de Tweede Kamer en de begroting van het Ministerie van OCW. In vergelijking met andere publieke sectoren is voor het onderwijs vooralsnog geen uitgang uit deze 'escape room' mogelijk. Hetgeen onverlet laat dat sociale partners in het onderwijs, in plaats van deel te blijven uitmaken van de 'zero sum game' die binnen de onderwijsbegroting wordt gespeeld, zouden kunnen gaan nadenken over sleutels die mogelijkkerwijs op het betreffende slot passen.

Elmira van Vliet besteedt in haar bijdrage *Acties in het onderwijs en het stakingsrecht anno 2018* aandacht aan de stakingsacties in het primair onderwijs. Ze zet uiteen wat vandaag de dag de juridische criteria zijn op grond waarvan collectieve acties worden getoetst, en past deze toe op de recente acties, die – en dat is vrij uniek – mede worden gevoerd door de werkgevers in het primair onderwijs.

Eerder in deze inleiding hebben we aangestipt dat (een deel van) de arbeidsvoorwaardenvorming door cao-partijen ook kan worden belegd bij het overleg tussen de onderwijswerkgever en de personeelsgeleding van het medezeggenschapsorgaan van de school of instelling. Kees Jansen gaat

in zijn bijdrage *Cao's en medezeggenschap in het onderwijs* in op deze materie. Hij beschrijft aan de hand van enkele voorbeelden – taakbeleid en functiemix – dat dit de nodige spanningen kan opleveren in de schoolorganisatie; hij bespreekt in dat verband tevens het interessante verschil tussen representatie van belangen aan de cao-tafel respectievelijk in het overleg tussen schoolleiding en medezeggenschapsorgaan. In dat licht geeft hij enkele aanbevelingen mee aan sociale partners in het geval zij onderwerpen ter nadere uitwerking opdragen aan laatstgenoemd overleg.

Recent is het beroep van leraar en de zeggenschap van het onderwijzend personeel in het po, vo en mbo door de wetgever van wettelijke borgen voorzien.²⁹ De wetgever markeert daarmee de professionaliteit van het leraarsberoep. Marianne van Es gaat in haar artikel *De cao PO en het beroep leraar* in op de vraag wat dit betekent voor de arbeidsvoorwaardenvorming. Daartoe gaat zij in op afspraken die recent in het primair onderwijs zijn gemaakt op het vlak van werkverdeling en functiewaardering. De auteur toont aan dat deze afspraken niet goed lijken aan te sluiten op de intenties van de wetgever ten aanzien van het beroep van leraar. Hoe de verhouding tussen de beroepsgroep leraren enerzijds en het overleg tussen sociale partners zich de komende tijd ontwikkelt, is dan ook een boeiende vraag.

Met de voorgaande bijdragen zijn grotendeels structuuraspecten van de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs belicht: de legitimiteit van het poldermodel in het algemeen, de afhankelijkheid van sociale partners in het onderwijs van de financieringsmarge die het kabinet beschikbaar stelt, het recht op het voeren van collectieve actie, de verhouding tussen het cao-overleg en het overleg tussen werkgever en medezeggenschapsorgaan, de versterking van de zeggenschap van leraren door de wetgever en wat dit betekent voor cao-afspraken. Een laatste structuuraspect dat in deze bundel wordt toegelicht, betreft *De commissies van beroep in de onderwijscao's* door André Joosten. Deze commissies vervulden van oudsher een zeer belangrijke functie in de ontslagbescherming van werknemers in het bijzonder onderwijs. Met de komst van de Wet Werk en Zekerheid is deze functie definitief verdwenen. De auteur bespreekt welke functie de commissies anno 2018 nog vervullen in de onderwijssectoren en wat hun toegevoegde waarde kan zijn.

Net als in andere maatschappelijke sectoren staat ook het onderwijs niet stil. De volgende bijdragen in de bundel belichten elk een ontwikkeling die cao-partijen voor de vraag stelt, of en zo ja hoe hiermee om te gaan.

Ten eerste bespreekt Maarten Tanja de vraag *Haalt de payroll-leerkracht 2020?* In zijn bijdrage zet hij op informatieve wijze uiteen welke vormen van payroll – ook in het onderwijs – zijn te onderscheiden. Vervolgens gaat hij in op het ontwerp van de Wet Arbeidsmarkt in Balans, waarmee wordt beoogd de nadelige aspecten van payroll te reduceren. Zijn analyse mondt uit in de stelling dat de kans bestaat dat na invoering van de WAB een vlucht ontstaat naar meer ongereguleerde flexibele arbeid, ook in het onderwijs.

Een tweede ontwikkeling in het onderwijs is die van toenemende samenwerking door bevoegde gezagsorganen in het onderwijs. Bijvoorbeeld tussen onderwijssectoren – met tienercolleges en

²⁹ *Stb.* 2017, 85.

vakcolleges vmbo-mbo als belangrijke voorbeelden – maar ook tussen schoolbesturen en andere semi-publieke organisaties zoals centra voor kinderopvang. In hun bijdrage *Integraal, maar nog niet collectief* gaan Jorn de Bruin en Jochem Streefkerk in op de arbeidsvoorwaardelijke positie van medewerkers bij een dergelijk Integraal KindCentrum (IKC). Hun bijdrage laat zien dat hoewel de bestuurlijke en onderwijsinhoudelijke wens bij velen aanwezig is om deze samenwerking daadwerkelijk aan te gaan, het een enorme arbeidsvoorwaardelijke puzzel kan zijn om de zaken voor een ieder transparant te regelen. Zij doen suggesties voor eenvoudiger kaders, waartoe deels aan de cao-tafels besloten kan worden.

En dan, ten slotte, de ontwikkeling rond de rechtspositie en arbeidsvoorwaarden van bestuurders in het onderwijs. Mede ingegeven door de politieke wens de beloningsniveaus van bestuurders te bewaken, is dit thema de laatste tijd actueel geworden. Gilles Raaijmakers gaat in zijn bijdrage *De positie van de bestuurder in de (onderwijs)cao* met name in op de vraag of en zo ja hoe bestuurders onder het bereik van de sectorale onderwijscao's zouden kunnen worden gebracht. Het artikel van Jorn de Bruin, Jochem Streefkerk en Judith Verbeek *Ontwaakt bestuurders van het onderwijs!* gaat in op dezelfde thematiek; de auteurs analyseren nauwgezet het wettelijk kader en komen evenals Raaijmakers tot de conclusie dat het niet aan de politiek, maar aan de ter zake relevante sociale partners is om te beslissen of er een cao tot stand komt voor specifieke functiegroepen in het onderwijs, i.c. de bestuurders.

Het poldermodel in crisis

Maarten Keune^{1 2}

1. Inleiding

Sinds de Tweede Wereldoorlog heeft Nederland een reeks aan instituties op het terrein van arbeidsverhoudingen opgetuigd zoals de Sociaaleconomische Raad (SER), de Stichting van de Arbeid (STAR), het cao-stelsel dat het overgrote deel van de arbeidsmarkt dekt, en het stelsel van ondernemingsraden. In wat vaak het poldermodel wordt genoemd overleggen en onderhandelen de werkgeversorganisaties, de vakbonden en soms de overheid (ook als werkgever) over het sociaaleconomisch beleid en de arbeidsvoorwaarden, resulterend in adviezen, sociale akkoorden en jaarlijks honderden cao's.

Het poldermodel is lang beschouwd als de juiste manier om draagvlak te creëren voor gezamenlijk beleid en maatschappelijk conflict te minimaliseren. Het poldermodel werd in de jaren '90 ook geroemd om haar bijdrage aan een succesvolle economie, gekenmerkt door een balans tussen economische en sociale uitkomsten. Een voorwaarde voor deze positieve functies is wel dat er een machtsbalans is tussen werkgevers en vakbonden en geen van beide partijen een duidelijk overwicht heeft. Daarnaast moeten beide partijen bereid zijn om naast hun eigenbelang ook de belangen van de andere partij(en) en het algemeen belang in het oog te houden en compromissen na te streven. Hoe goed functioneert dit poldermodel anno 2018 nog? We hebben nog steeds dezelfde SER en STAR en het cao-stelsel dekt nog steeds rond de 80% van de werknemers. Tegelijkertijd hebben er zich belangrijke (geleidelijke) veranderingen voorgedaan in de feitelijke werking van deze instituties en de uitkomsten die zij produceren. Op langere termijn dreigt hierdoor het fundament onder het poldermodel te eroderen. Omdat de arbeidsverhoudingen in het onderwijs zich meer en meer spiegelen naar dit poldermodel, is het passend om in deze bundel ook te kijken naar dat functioneren.

2. Verstoring van de machtsbalans tussen werkgevers en vakbonden

Een belangrijke verandering in het poldermodel is de verschuiving van de machtsbalans tussen werkgevers en vakbonden. Dit uit zich in zowel de interactie tussen de twee als de uitkomsten die deze interactie oplevert. Hierin kunnen een aantal elementen worden onderscheiden.

- *Loonmatiging.* Sinds de jaren 1980 zijn de reële cao-lonen niet meer gestegen, waardoor zij steeds verder achterop zijn geraakt bij de ontwikkeling van de productiviteit. Dit kan men interpreteren als een aanwijzing dat de vakbonden aan macht hebben ingeboet ten opzichte van de werkgevers. Nu zijn de feitelijk verdiende reële lonen wel iets gestegen maar ook deze blijven achter bij de productiviteitsontwikkeling; vakbonden hebben hier

¹ Prof. dr. M.J. Keune is hoogleraar sociale zekerheid en arbeidsverhoudingen aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan het onderzoeksinstituut AIAS-HSI.

² Dit stuk is grotendeels gebaseerd op P. de Beer & M. Keune, 'De erosie van het poldermodel'. In: *Mens en Maatschappij* 2018, 93 (3): 231-260.

weinig grip op. Een steeds groter deel van het nationaal inkomen gaat zo naar werkgevers en aandeelhouders.

- *De geleidelijke aftocht van het vaste contract.* Al sinds de jaren zeventig, maar vooral recentelijk neemt het aandeel van flexibele contracten (tijdelijk werk, uitzendwerk, oproepwerk) en zzp'ers in de totale werkgelegenheid toe. Vandaag de dag heeft rond de 35-40% van de werkenden geen standaard contract voor onbepaalde tijd. Werkgevers wentelen zo de risico's en onzekerheden in de arbeidsmarkt steeds meer af op de schouders van de werknemers. Het leidt tot een vermindering van werkzekerheid voor een groeiende groep werkenden en gaat in veel gevallen gepaard met een verslechtering van arbeidsvoorwaarden, doordat flexwerkers doorgaans slechter worden betaald en minder aanspraak maken op voorzieningen die gebonden zijn aan senioriteit (pensioenopbouw, scholing). En de groei van flexwerk en zzp'ers zet de arbeidsvoorwaarden van de werknemers met een vast contract onder druk, doordat zij concurrentie ondervinden van flexwerkers.
- *Onzekere pensioen.* Hoewel na jaren van moeizame discussie tussen de sociale partners, de hoofdlijnen van het stelsel van aanvullende pensioenen nog altijd ongewijzigd zijn, is er *de facto* geen sprake meer van een pensioenstelsel dat een bepaalde pensioenuitkering garandeert. Doordat de dekkingsgraad van de meeste pensioenfondsen in de afgelopen tien jaar onder de grens is gezakt waarboven de pensioenen kunnen worden geïndexeerd, zijn veel pensioenen al jaren niet meer aangepast aan de inflatie en in sommige gevallen zelfs nominaal verlaagd. Waar bedrijven in het verleden nog regelmatig bijstortten in het pensioenfonds als er een tekort was (maar overigens soms ook jarenlang geen premie betaalden als er een overschot was), komt dit nu vrijwel niet meer voor. Hierdoor worden de beleggingsrisico's en de gevolgen van de stijgende levensverwachting geheel door de deelnemers zelf gedragen.
- *Bezuinigingen en hoge werkdruk in de publieke sector.* In veel onderdelen van de publieke sector is de beschikbare financiering steeds minder toereikend om voldoende mensen aan te nemen en passende salarissen te betalen. Dit leidt onder andere tot een steeds toenemende werkdruk in het onderwijs, in de zorg, bij de politie, etc. Dit komt onder andere door de keuzes die overheid (als werkgever of als bepaler van de financiering van de publieke sector) maakt wat betreft waar ze bezuinigt en waar ze extra uitgaven aan wil doen.
- *Moeizame cao-onderhandelingen.* Recent zien we dat de cao-onderhandelingen steeds moeizamer verlopen en dat het vaker voorkomt dat cao's niet worden ondertekend door de grootste vakbond FNV (en soms evenmin door het CNV), de bond die het meeste tegenwicht kan bieden aan de werkgevers en waarvan de standpunten vaak ook het verst van die van de werkgevers af liggen. Volgens berekeningen van werkgeversvereniging AWWN zouden sinds 2015 74 cao's waar 1,5 miljoen werknemers onder vallen zijn afgesloten zonder de FNV. Deze ontwikkeling duidt erop dat werkgevers minder bereid zijn concessies te doen aan de (gevestigde) vakbeweging en eerder geneigd zijn te accepteren dat er (vooralsnog) geen cao tot stand komt of een cao waarvoor het draagvlak aan werknemerskant beperkt is. Blijkbaar menen werkgevers dat een cao die door alle grote

vakbonden is ondertekend, minder dan in het verleden nodig is om stabiliteit en arbeidsrust te garanderen. Aangezien er in Nederland geen representativiteitseis wordt gesteld aan vakbonden die cao's willen afsluiten, kunnen werkgevers ook gemakkelijk om de gevestigde bonden heen. Een aantal bedrijven (onder andere Jumbo, Action en Gall & Gall) heeft er inmiddels ook voor gekozen om in het geheel geen cao meer af te sluiten met de vakbonden, maar afspraken te maken met de ondernemingsraad of de arbeidsvoorwaardenregeling voor te leggen aan het gehele personeel. Hiermee zijn cao's steeds meer verworpen van overeenkomsten waarin de belangen van werkgevers en werknemers gebalanceerd tegen elkaar worden uitgeruild tot instrumenten waarmee allereerst de belangen van de werkgevers worden behartigd.

3. Erosie van het poldermodel op nationaal niveau

In de verhouding tussen de sociale partners enerzijds – in het bijzonder de vakbeweging – en de overheid op nationaal niveau anderzijds hebben zich sinds de jaren tachtig ook belangrijke ontwikkelingen voorgedaan. De (neo)liberale koers die vanaf dat moment dominant is geweest, kenmerkt zich onder meer door bezuinigingen op publieke voorzieningen (in het bijzonder de sociale zekerheid), bevordering van marktwerking en concurrentie, verzelfstandiging en privatisering van overheidsbedrijven, relatieve verlaging van het minimumloon en verhoging van de pensioenleeftijd. De werkgevers hebben deze beleidsrichting over het algemeen van harte gesteund, maar de vakbeweging beschouwt ze als een aantasting van elementaire sociale rechten. Zij heeft zich er vaak heftig tegen verzet, aan de overlegtafel of op straat. Het tempo van de hervormingen is daardoor vaak wel afgeremd, maar de richting vaak niet. Ook is de mobilisatiecapaciteit van de zwakker wordende vakbeweging sinds 2004 gebrekkig gebleken en heeft ze moeite om beleid effectief te beïnvloeden. De continuïteit van centraal overleg gaat kortom gepaard met een tanende invloed van de vakbeweging op het overheidsbeleid. Het programma van de regering-Rutte III is hier een goed voorbeeld van, met haar uitgebreide belastingvoordelen voor het bedrijfsleven en tegelijkertijd een verhoging van de BTW en bezuinigingen op de sociale zekerheid.

Waar het de Sociaal-Economische Raad en de Stichting van de Arbeid betreft, deze produceren onverminderd een gestage stroom aan rapporten en adviezen, maar het heeft er alle schijn van dat de invloed van beide instituten op de hoofdlijnen van het sociaaleconomisch beleid afneemt. Dit is een direct gevolg van het feit dat de sociale partners het over een aantal kernproblemen van de arbeidsmarkt en de arbeidsvoorwaarden fundamenteel oneens zijn, bijvoorbeeld over zaken het ontslagrecht of de hervormingen van het pensioenstelsel. De eensgezinde adviezen die de SER de afgelopen jaren uitbracht, betroffen veelal thema's die niet tot de kern van het werkterrein van de sociale partners behoren en waarbij ook andere maatschappelijke organisaties werden betrokken: energiebeleid, zorgbeleid, woningmarkt en het techniekpact. Maar op haar kerntaken verkeren de polderinstituten in een impasse en de bonden en werkgevers zijn steeds minder in staat consensus te bereiken over de sociaaleconomische kernthema's. Als gevolg hiervan neemt ook hun gezamenlijke (maar niet per se hun afzonderlijke) invloed op het overheidsbeleid af.

Op het terrein van de aanvullende pensioenen vervullen de sociale partners nog wel altijd een centrale rol, zowel bij het bepalen van de inhoud van de pensioenregelingen als bij de uitvoering. Ook hier staat hun positie echter onder druk. Het kabinet-Rutte III wil een ingrijpende hervorming

van het pensioenstelsel terwijl vooral de FNV hier op veel punten op tegen is. Ten aanzien van het pensioenfondsbestuur wordt er al geruime tijd druk uitgeoefend, onder andere vanuit de toezichthouder De Nederlandsche Bank, om de rol van externe deskundigen (technocraten) te vergroten ten koste van de rol van vertegenwoordigers van de sociale partners. Ook worden de regels waaraan de pensioenfondsen moeten voldoen met enige regelmaat aangepast door de overheid, zonder dat de sociale partners daar veel invloed op kunnen uitoefenen.

4. Drijvende krachten achter de erosie van het poldermodel

Wat verklaart nu deze ontwikkelingen, die zoals gesteld dus ook relevant zijn voor de arbeidsverhoudingen in het onderwijs? Hier kan onderscheid gemaakt worden tussen externe factoren, die buiten het poldermodel zijn gelegen, en interne factoren, die de dynamiek van het overlegmodel zelf betreffen.

Bij de *externe factoren* die het poldermodel onder druk zetten gaat het vooral om de metamorfose die de arbeidsmarkt in de afgelopen decennia heeft ondergaan. De arbeidsmarkt die zich kenmerkte door een standaardbaan, een standaardwerknemer en een standaardarbeidsorganisatie maakt steeds meer plaats voor een gefragmenteerde en gedifferentieerde arbeidsmarkt. Door de groei van deeltijdwerk, flexwerk en zzp'ers heeft nog slechts een derde van de werkenden een standaardbaan (2,4 miljoen vaste voltijdbanen op een totaal van 8,4 miljoen werkenden in 2016). Mannelijke kostwinners met een partner zonder betaald werk maken nog minder dan een op de tien werkenden uit. Hoewel nog altijd 68% van de werknemers in dienst is van een groot bedrijf of instelling (met 100 werknemers of meer), bieden die grote organisaties veel minder stabiliteit, loopbaanperspectieven en continuïteit dan in het verleden, door de vele reorganisaties, fusies, overnames en dergelijke. Deze arbeidsmarktveranderingen worden meestal in verband gebracht met min of meer autonome trends als globalisering en de internationalisering van het bedrijfsleven, technologische ontwikkeling, demografische ontwikkelingen (vergrijzing, migratie, gezinsverdunding) en sociaal-culturele ontwikkelingen (emancipatie, individualisering). Ze werden bovendien ondersteund door de omslag van het overheidsbeleid in de jaren tachtig van een Keynesiaans vraaggericht beleid naar een (neo)liberaal aanbodgericht beleid. Concreet betekende dit dat de focus van het overheidsbeleid verschoof van collectieve arrangementen en een expansief begrotingsbeleid naar bezuinigingen, marktwerking en meer nadruk op individuele verantwoordelijkheid.

De *interne factoren* die het overlegmodel van binnenuit uithollen, betreffen zowel ontwikkelingen aan vakbondskant als aan werkgeverskant en de interactie tussen beide. De duidelijkst zichtbare trend is de gestage daling van de organisatiegraad van de vakbeweging, dat wil zeggen het percentage werknemers dat lid is van een vakbond. Rond 1980 was nog een op de drie werknemers lid van een vakbond, in 2017 is dit nog maar een op de zes à zeven. De daling van de organisatiegraad van de vakbeweging is een verschijnsel dat zich in de meeste ontwikkelde landen voordoet en dus niet uit typisch Nederlandse factoren kan worden verklaard. De meest geopperde verklaring is dat de wervingskracht van de vakbeweging is afgenomen door de hierboven beschreven transformatie van de arbeidsmarkt. Maar ook onder de standaardwerknemers met een standaardbaan (autochtone mannen met een vaste voltijd baan) is het aantal vakbondsleden gedaald. Dit heeft onder andere te maken met het feit dat de groeiende diversiteit van de arbeidsmarkt het steeds lastiger maakt voor de vakbeweging een eenduidige koers te varen die

brede groepen aanspreekt. Dit dilemma wordt nog verscherpt doordat het dalende ledental gepaard gaat met een afnemende representativiteit van het ledenbestand. Zo is 63% van de werkzame vakbondsleden 45 jaar of ouder, tegenover 41% van de werknemers. Hierdoor is de interne druk om prioriteit te geven aan de belangen van de gevestigde, oudere werknemers (denk aan baan zekerheid en pensioenen) groot, hetgeen het (nog) moeilijker maakt voor de leiding van de vakbeweging om een koers uit te zetten die ook andere groepen werknemers aanspreekt.

Aan werkgeverskant is ogenschijnlijk sprake van meer stabiliteit. Schattingen over de organisatiegraad aan werkgeverskant – uitgedrukt als het percentage werknemers dat werkt bij een bedrijf dat is aangesloten bij een werkgeversorganisatie – variëren van circa 60% tot 80%, dus veel hoger dan aan vakbondskant. Bovendien lijkt de organisatiegraad onder werkgevers redelijk stabiel te zijn. Niettemin is er ook bij werkgevers een probleem rond de representativiteit. Van de kleinste bedrijven (tot 10 werknemers) is veel minder dan de helft aangesloten bij een brancheorganisatie, hetgeen betekent dat het midden- en kleinbedrijf is ondervertegenwoordigd aan werkgeverszijde. Een andere ontwikkeling aan werkgeverskant is, dat het gezag van de centrale organisaties lijkt te tanen. Vooral grote, multinationale ondernemingen volgen veelal hun eigen koers en laten zich niet automatisch leiden door adviezen en richtlijnen van VNO-NCW en AWWN of door centrale afspraken in de Stichting van de Arbeid. Tegelijkertijd lijken ook de verschillen en tegenstellingen tussen grote en kleine bedrijven en tussen exportgerichte en binnenlands georiënteerde bedrijven toe te nemen. Deze groeiende diversiteit en maakt het voor werkgeversorganisaties lastiger om een eenduidig beleid te voeren en alle leden tevreden te stellen. Dit vermindert het draagvlak onder werkgevers voor centrale akkoorden die alle bedrijven aan uniforme afspraken binden en tot pleidooien om cao's te 'moderniseren', waarmee wordt bedoeld dat deze meer een globaal, kaderstellend karakter krijgen in plaats van dat zij een groot aantal gedetailleerde dwingende voorschriften bevatten.

Als uitvloeisel van de geschetste ontwikkelingen aan vakbondszijde en aan werkgeverszijde zijn ook de onderlinge verhoudingen tussen de onderhandelaren aan werkgevers- en vakbondskant verslechterd. Het wantrouwen is toegenomen. Werkgevers verwijten vakbondsbestuurders vast te houden aan achterhaalde en te dure verworven rechten (zoals ontsaatsmaatregelen voor ouderen, toeslagen voor onregelmatige werktijden, automatische periodieken). Vakbondsbestuurders op hun beurt verwijten werkgevers onder het mom van modernisering vooral verslechtering van arbeidsvoorwaarden na te streven en ondertussen via allerlei constructies cao-afspraken te omzeilen.

5. En de toekomst?

Hoe lang kan dit proces van erosie van het poldermodel doorgaan? Leidt het tot het einde ervan? Het kan beargumenteerd worden dat het voor alle betrokken actoren steeds minder interessant wordt om de huidige institutionele configuratie in stand te houden omdat ze die minder nodig hebben of er minder uit kunnen halen. Daarnaast lijkt het poldermodel beduidend minder positieve uitkomsten te genereren in de zin van gelijkheid, goede kwaliteitsbanen, en productiviteitsgroei. Is de terugkeer naar een evenwichtiger poldermodel met betere uitkomsten mogelijk? De belangrijkste voorwaarde hiervoor lijkt te zijn dat alle drie de actoren accepteren dat het poldermodel nu niet optimaal functioneert en alleen legitiem kan voortbestaan als het zowel evenwichtige is als positieve uitkomsten genereert. Het moet evenwichtig zijn in de zin dat de actoren in het poldermodel bereidheid tonen om niet alleen hun eigen belangen voorop te stellen,

maar ook een breder algemeen belang na te streven. Het moet positieve uitkomsten genereren om zijn maatschappelijke legitimiteit te behouden en een superieur alternatief te zijn voor een situatie zonder polderinstituten. Een meer evenwichtig poldermodel zal ook evenwichtiger uitkomsten (moeten) produceren ten aanzien van lonen, ongelijkheid, flexibiliteit en werkdruk, alsook productiviteit en sociale innovatie. Maar hiervoor zijn vooral meer vertrouwen en consensus nodig tussen werkgevers en werknemers op sectorniveau, en tussen werknemers en overheid in de publieke sector, opdat zij zich gezamenlijk inspannen om niet alleen de koek te verdelen maar ook om de koek te vergroten en duurzamer te maken.

Een verdere bedreiging voor het voortbestaan van het poldermodel is het afnemende lidmaatschap van de vakbonden. Als dit zo doorgaat, zal dit percentage vroeger of later onder een niveau zakken waarbij het niet meer vanzelfsprekend is dat zij deel kunnen nemen aan de polderinstituten. Het is echter de vraag of dit terecht zou zijn. Het lidmaatschap is niet per se een goede indicator voor het maatschappelijk belang van en de waardering van de bevolking voor vakbonden. Uit surveys van het SCP blijkt dat de bevolking veel vertrouwen heeft in de vakbonden. Over de jaren ligt het percentage dat vertrouwen heeft in de vakbonden steeds rond de 65-70 procent, een stuk hoger dan bijvoorbeeld het vertrouwen in de regering of de Tweede Kamer. Een laag en dalend lidmaatschap is dus niet simpelweg te wijten aan een gebrek aan vertrouwen in de bonden, maar moet ook verklaard worden uit *free-rider* gedrag (men geniet de vruchten van het vakbondswerk, met name de cao, ook zonder lid te worden), door het feit dat we steeds minder lid worden van organisaties in het algemeen en door een gebrekkige wervingskracht van vakbonden. Dit zou een reden moeten zijn om ook na te denken over alternatieve methoden om het belang van de verschillende vakbonden te bepalen, bijvoorbeeld via algemene vakbondsverkiezingen. Maar vakbonden moeten zeker ook meer leden werven, beter aansluiten bij de belangen van werknemers en samenwerken met sociale bewegingen. Nieuwe bewegingen als POinactie laten duidelijk zien dat dit ook speelt in het onderwijs en werpen zich op als interessante alternatieven voor de traditionele vakbond. Tegelijkertijd zouden de werkgevers(organisaties), nu zij zo'n groot machtsoverwicht hebben, zich moeten afvragen of zij uiteindelijk niet meer belang hebben bij een machts-evenwicht met de vakbeweging, om daarmee de traditionele voordelen van het poldermodel voor de economie en voor de sociale verhoudingen in ons land – die ook in hun belang zijn – in stand te houden. Hetzelfde geldt voor de overheid, die zich af moet vragen wat de gevolgen zullen zijn van een maatschappij zonder consensus en met steeds verdergaande arbeidsmarktfragmentatie en groeiende ongelijkheid.

De smalle marges van onderwijs-cao's. Is er een sleutel voor het slot?

Renée van Schoonhoven

Op grond van de Rijksbegroting besteedt het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap jaar in jaar uit tientallen miljarden euro's aan onderwijs. Na sociale zekerheidsuitgaven en de begroting voor de zorgsector is onderwijs de grootste uitgavenpost op de Rijksbegroting. En van die vele miljarden is vervolgens een zeer groot deel bestemd voor de financiering van de salarissen van het onderwijspersoneel, die maandelijks worden uitbetaald door de school- en instellingsbesturen. Diezelfde schoolbesturen gaan echter niet over de Rijksbegroting: het budgetrecht komt in ons bestel nu eenmaal toe aan het parlement, dat er na vaststelling ook op toeziet dat de minister de begroting conform uitvoert.

Wat betekent deze context voor de arbeidsvoorwaardenvorming aan de cao-tafels in het onderwijs? Hoe smal of breed zijn de marges voor onderhandelingspartners anno 2018 feitelijk? Is de situatie in andere publieke sectoren vergelijkbaar of kent het onderwijs een afwijkend beeld? En brengt de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren wellicht nog enige verandering? Over deze vragen gaat deze verkennende bijdrage.

1. De smalle marges van de onderwijs-cao's

De onderwijs-cao's worden afgesloten tussen organisaties van werkgevers, vaak aangeduid als de sectorraden, en onderwijsvakorganisaties. Deze cao's bevatten doorgaans onder meer afspraken over het percentage waarmee met ingang van een bepaalde datum de salarissen van het onderwijspersoneel kunnen toenemen. De sectorraden waken er daarbij voor om de kosten van de salarisstijging en andere nieuwe afspraken uit te laten komen boven hetgeen zij via de lumpsumbekostiging als normatief stijgingspercentage krijgen toegekend. Dit omdat zij anders op voorhand niet werken met een sluitende begroting, hetgeen in strijd is met beginselen van goed bestuur, waarop door hun intern toezichthouders wordt toegezien.

Dat normatieve stijgingspercentage in de lumpsum wordt berekend volgens het zogeheten *referentiemodel*. Dit model, dat ook gangbaar is voor andere publieke sectoren, bestaat uit een technisch deel en een beleidsmatig deel.¹ Het technisch deel bevat een component voor de te verwachten contractloonstijging in de markt, voor de ontwikkeling van sociale lasten en de incidentele loonontwikkeling. De component incidentele loonontwikkeling is bestemd voor individuele afspraken tussen werkgever en werknemers, bijvoorbeeld voor het toekennen van extra periodieken.

Bij elkaar gevoegd ontstaat aldus een raming voor de te verwachten stijging van personeelskosten bij de rijksoverheid en onderwijssectoren; dit heet ook wel de referentie-uitkomst. Vervolgens beslist het kabinet of op deze uitkomst een aanpassing moet plaatsvinden met het oog op de

¹ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Evaluatie referentiemodel. Ervaringen na 20 jaar gebruik en toepassing van het model*. Den Haag: Ministerie van BZK 2017.

komende rijksbegroting; dit wordt aangeduid als het beleidsmatige deel van het referentiemodel. Het kabinet kan besluiten tot een op- of neerwaartse bijstelling. De uitkomst van de beraadslaging in kabinetsverband wordt opgenomen in de Miljoenennota, die vervolgens ter bespreking annex goedkeuring wordt voorgelegd aan het parlement. Aldus materialiseert het parlement het budgetrecht. De budgettaire marges waarbinnen de cao-onderhandelingen in het onderwijs plaatsvinden worden kortom bepaald door kabinet en parlement.

Uit een evaluatie van het referentiemodel die in 2017 is uitgevoerd, komt naar voren hoe het model in de afgelopen twintig jaar is toegepast. In het betreffende rapport wordt geconstateerd dat de referentie-uitkomst nagenoeg altijd beleidsmatig wordt gewogen. Zo is in 19 van de 20 jaren de component voor de incidentele loonontwikkeling niet uitgekeerd. Verder is de component contractloonstijging in totaal 11 keer gekort en 4 keer verhoogd. “Dit heeft geleid tot een lagere loonbijstelling van omstreeks cumulatief 7 miljard euro in ruim 20 jaar tijd en heeft zo bijgedragen aan het realiseren van andere doelstellingen van het kabinet,” zo wordt in het evaluatierapport opgemerkt.² Met name in tijden van de financiële en economische crisis heeft de beleidsmatige weging volgens de auteurs bijgedragen aan het op orde houden van ‘s Rijks financiën. Hetgeen het echter voor de overheidswerkgevers niet makkelijker heeft gemaakt cao’s af te sluiten. De beleidsmatige knop “is over de gehele periode bezien nadelig voor overheidswerkgevers, maar voordelig voor het kabinet.”³ Overigens wordt in hetzelfde evaluatierapport ook in beeld gebracht of en in hoeverre de contractlonen van werknemers bij de overheid en in het onderwijs achter blijven bij die in de markt- en zorgsectoren. De auteurs van het rapport concluderen dat in de jaren dat het kabinet de contractloonbijstelling voor de overheid en het onderwijs heeft gekort, het salaris van ambtenaren en onderwijspersoneel “achter bleef bij de contractloonontwikkeling in de markt en zorg. In de daaropvolgende jaren vond echter steeds een inhaaleffect plaats; soms ook samenhangend met een beleidsmatige plus in de kabinetsbijdrage. Over de langere termijn is de gemiddelde contractloonontwikkeling in de sectoren overheid en onderwijs, markt en zorg grosso modo gelijk.”⁴

Doel van onderhavige bijdrage is nu niet direct om na te gaan of en in hoeverre laatstgenoemde constatering feitelijk correct is. Wel van belang is hier te noteren dat a) de marges voor cao-partijen in het onderwijs in belangrijke mate worden bepaald door kabinet en parlement en b) dat die marges in de achterliggende jaren uitermate smal waren.

Overigens is het ook als het economisch tij aantrekt voor onderwijswerkgevers niet zo eenvoudig om ‘zomaar’ tot een verbetering van de arbeidsvoorwaarden van het onderwijspersoneel te komen. De gang van zaken rond de CAO PO in 2017-2018 maakt dat inzichtelijk.

In de zomer van 2017 komt het thema van de hoge werkdruk en lage salarissen van leraren in het primair onderwijs op de agenda. Er is in die periode nog geen nieuw kabinet; de formatie is nog gaande. Toch legt de beweging *PO in actie* dan al een forse hypotheek op de drempel van het aanstaande kabinet: er is volgens de beweging enorm veel meer geld nodig om de werkdruk te verlagen en de salarissen te verhogen naar een redelijk niveau. De demissionaire minister Asscher doet - als PvdA-fractie-leider - een duit in het zakje door zich achter het pleidooi te scharen. De

² Idem, p. 4.

³ Ibidem.

⁴ Idem, p. 17.

onderwijsvakorganisaties én de werkgeversorganisatie PO Raad doen datzelfde; samen met PO in actie vormen zij vervolgens het *PO Front*.

Te voorzien is dan al dat het een heikel onderwerp wordt⁵: de gestelde eisen van het Front gaan namelijk v r uit boven de referentiewaarden; tegemoetkomen aan het pleidooi vergt voor in ieder geval het onderwijs een stevige beleidsmatige bijstelling van het model in opwaartse richting, en dus besluitvorming van niet alleen de minister van OCW, maar van het voltallige kabinet van Rutte II.

Uiteindelijk werken de acties wel enigszins door tot in het regeerakkoord van het nieuwe kabinet Rutte III. Het regeerakkoord meldt namelijk dat   270 miljoen wordt vrijgemaakt voor het verbeteren van de arbeidsvoorwaarden van leraren “in combinatie met het normaliseren van de bovenwettelijke regelingen”⁶ en dat er structureel ruim   400 miljoen beschikbaar komt “om de werkdruk in het primair onderwijs te verlagen.”⁷ Te weinig, volgens het PO Front, dus de (stakings-) acties gaan door.

De nieuwe minister voor onder meer het primair onderwijs, Slob, zit vervolgens wel in een wat lastig parket. Want ‘zomaar’ structureel ruim   400 miljoen in de lumpsum beschikbaar stellen aan de schoolbesturen, dat lijkt hem geen goed idee. Er is dan immers geen garantie dat deze middelen ook  cht aan werkdrukverlaging worden besteed. Wat volgt is een overleg tussen cao-partijen en de minister over het verlagen van de werkdruk van leraren in het primair onderwijs. En uiteindelijk ligt er begin februari 2018 een convenant.⁸ Het convenant gaat er kort gezegd van uit dat *schoolleiders* met hun team een bestedingsplan voor de inzet van de extra middelen opstellen; convenantpartijen spreken af dat in de CAO PO wordt opgenomen dat de personeelsgeleding van de medezeggenschapsraad (PMR) instemmingsrecht heeft op het bestedingsplan. De inzet van de werkdrukmiddelen volgens dat bestedingsplan strekt zich overigens uit tot  lle personeelsleden in de school, en ziet dus niet enkel op de werkdruk van de groepsleerkrachten. De *besturen* verantwoorden het gevoerde overleg met het team en de PMR en de inzet van de middelen in hun jaarverslag.⁹

Aansluitend buigt de Tweede Kamer zich over het convenant.¹⁰ De minister geeft in het debat aan dat er stevig overleg met het ministerie van Financiën is gevoerd over het (versneld) beschikbaar komen van de middelen voor werkdrukverlaging. Ook geeft hij aan dat als het om de arbeidsvoorwaarden van leraren gaat, zijn marges beperkt zijn tot de afspraken uit het regeerakkoord: “dit het geld is waar ik het mee moet doen. (...) U weet ook dat het afsluiten van cao’s gedecentraliseerd is. Dit ligt nu op de cao-tafel. Daar ben ik zelf niet bij. (...) En ook al is het

⁵ Zie ook F.H.J.G. Brekelmans & R. van Schoonhoven, ‘De ontwikkeling van de arbeidsvoorwaardenvorming in het Nederlandse onderwijs: van gebaande paden naar hobbelige wegen.’ In: *Tijdschrift voor onderwijsrecht en onderwijsbeleid (TORB)*, 2016/2017(5), 441-452.

⁶ De minister wilde dat het bovenwettelijk deel van de werkloosheidsuitkering zou worden versoberd; dit is een onderwerp dat aan sociale partners is; tijdens het overleg over de nieuwe CAO PO heeft over de op dit onderdeel voorgenomen afspraak afstemming plaatsgevonden met het Ministerie van OCW.

⁷ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34 700, 34.

⁸ *Kamerstukken II* 2017/18, 27 923, 284.

⁹ Gelet op de eindverantwoordelijkheid van het bevoegd gezag voor het personeel lijkt het ons toe dat in de rede had gelegen dat zou zijn afgesproken dat het betreffende overleg *door of namens* het bevoegd gezag wordt gevoerd.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2017/18, 27 923, 285.

niet het bedrag dat men graag wil hebben, het is wel een substantieel bedrag dat een verschil kan gaan maken in de salarissen en in het carrièreperspectief van mensen die in het primair onderwijs werken. Ik moet dus even afwachten.”¹¹

Het duurt vervolgens nog enige tijd, namelijk tot begin juni 2018, totdat cao-partijen een akkoord bereiken. Minister Slob stuurt het akkoord naar de Tweede Kamer; hij meldt daarbij dat met de afspraken de investering van het kabinet van € 270 miljoen in de salarissen van leraren in het primair onderwijs gerealiseerd kan worden. De afspraken voldoen volgens de minister aan hetgeen het kabinet met het regeerakkoord voor ogen stond.¹² Ook over het cao-akkoord wordt door de Tweede Kamer met de minister gedebatteerd.¹³ De minister licht het akkoord in het positief verlopende debat nader toe; er volgen enkele moties maar deze worden uiteindelijk alle verworpen.

Hiermee is het overigens nog niet gedaan. Want zoals elders in deze bundel ook ter sprake is gekomen: de (estafette-)acties van het PO Front gaan na het zomerreces van 2018 gewoon door. De nieuwe CAO PO heeft namelijk maar een korte looptijd, tot 1 maart 2019. Er moet - zoals eerder door het PO Front geëist – nog eens € 600 miljoen bij om de salarissen op niveau te brengen. Die ruimte moet beschikbaar komen met de OCW-begroting voor 2019, vandaar dat het Front de acties doorzet. Of en zo ja hoe de doorgezette acties tot effect gaan leiden, zullen we moeten afwachten. De kans dát er meer ruimte komt, lijkt echter niet zo groot te zijn, aangezien de minister heeft aangegeven dat er niet meer in het vat zit. Hij heeft natuurlijk wel samen met zijn collega-bewindspersoon het beheer over de algehele begroting van OCW, maar met die middelen moeten ook de salarissen van het personeel in de andere onderwijssectoren worden gefinancierd. Wat dat betreft is de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs in feite een ‘zero sum game’: wat de minister binnen de begroting de ene sector gunt, gaat er bij de andere sectoren af. Er kan dus alleen (iets) meer dan gemiddeld naar bijvoorbeeld het primair onderwijs als dit betekent dat de OCW-begroting als geheel wordt opgeplust; hetgeen besluitvorming van het kabinet vergt.

Het voorbeeld van het primair onderwijs laat zien dat het lastig is voor cao-partijen om méér salarisstijging af te spreken dan er middelen beschikbaar zijn gesteld. Zelfs in het geval werkgevers, werknemers én een nieuwe actiegroep de handen ineen slaan, dan nog vergt het beschikbaar stellen van benodigde additionele middelen besluitvorming van niet alleen één minister, maar van het voltallige kabinet. De marges voor de onderhandelingen over onderwijs-cao’s zijn ook in het huidige tijdsgewricht kortom nog steeds vrij smal.

2. Vergelijking met andere publieke sectoren

Hoe werkt het in andere publieke sectoren aan de onderhandelingstafel? Het onderwijs is immers maar één van de domeinen waarop het referentiemodel of een variant daarop werkzaam is. Zijn er voorbeelden waaruit naar voren komt dat het ook anders of beter kan? In dit kader worden naast

¹¹ A.w., p. 55.

¹² *Kamerstukken II* 2017/18, 27 923, 309.

¹³ *Handelingen II* 2017/18, 96, item 3. Sociale partners komt onderhandelingsvrijheid toe; een cao-resultaat hoeft derhalve niet door een minister te worden voorgelegd aan de Tweede Kamer. Met dit akkoord was echter – conform Regeerakkoord – een extra financiële impuls gemoeid, waarover de minister door middel van deze bespreking verantwoording aflegt aan de Kamer.

het onderwijs achtereenvolgens onderscheiden: de zogeheten kabinetssectoren, lagere overheden en de zorgsector.¹⁴

De sectoren Rijk, Defensie, Politie en Rechterlijke macht worden als het om arbeidsvoorwaardenvorming gaat ook wel aangeduid als de *kabinetssectoren*. Ook deze sectoren volgen het referentiemodel. Aan werkgeverszijde worden zij vertegenwoordigd door de betreffende vakministers. Op zich lijkt dat voordelig, want als het gaat over algemene wetgeving die de rechtspositie en arbeidsvoorwaarden van hun personeel gaat, zitten deze werkgevers in het kabinet direct aan tafel. Maar in de praktijk laten zij de ministeriële belangen meestal zwaarder wegen dan hun werkgeversbelang.

De *lagere overheden* zijn zoals bekend: de gemeenten, provincies en waterschappen. Zij volgen het referentiemodel niet; de werkgevers kunnen daardoor zelf bepalen welke ruimte zij in beginsel meenemen naar de onderhandelingstafel. Mocht het onderhandelingsresultaat hoger uitkomen dan hetgeen in de betreffende fondsen beschikbaar komt, dan kunnen gemeenten en provincies altijd via eigen belastingen, premies en/of lèges tot een correctie komen. Voor waterschappen geldt dat zij sowieso geen middelen uit 's Rijks kas ontvangen en hun begroting baseren op eigen inkomsten. De *zorgsector* is een apart geval, in die zin dat ook in deze sector het referentiemodel niet wordt gevolgd. Sinds het eind van de jaren negentig van de vorige eeuw baseert men zich in de zorgsector op het zogeheten OVA-convenant, waarbij 'ova' staat voor 'overheidsbijdrage in de arbeidskostenontwikkeling'.^{15 16} Dit convenant tussen de bewindspersonen, werkgevers en beroepsgroepen in de zorg en zorgverzekeraars bevat de afspraak dat het ministerie jaarlijks een component voor de bijstelling van de arbeidsvoorwaarden van het personeel beschikbaar stelt. In feite overeenkomstig het technisch deel van het referentiemodel zoals eerder in deze bijdrage aangeduid, en zónder de mogelijkheid om beleidsmatig bij te sturen.

In de grafiek zijn de verschillen samengevat.

De onderwijssectoren delen met de kabinetssectoren de smalle marges voor het voeren van onderhandelingen. Zij hebben in beginsel wel iets meer ruimte dan die kabinetssectoren om in de sector-cao's nog tot een eigen inhoudelijke koers te komen.

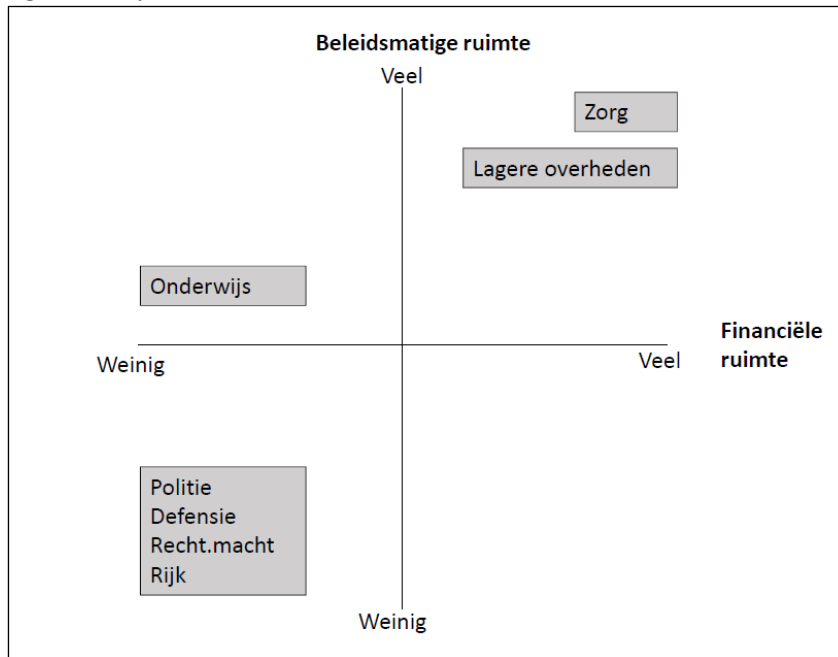
De lagere overheden en vooral de zorgsector bevinden zich in een geheel ander kwadrant. De werkgevers in deze sectoren bepalen in beginsel zelf welke financiële ruimte meegaat naar de onderhandelingstafel; er is voorts veel ruimte om tot eigen invulling van de arbeidsvoorwaarden te komen.

¹⁴ Werkgroep Sturing op arbeidsvoorwaardenvorming en pensioenen in de publieke sector, *Buitengewoon normale sturing. De sturing op de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in de publieke sector vanuit de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren bezien*. Den Haag 2015.

¹⁵ Ministerie van VWS, *Convenant over de nieuwe aanpak voor de bepaling van de ova voor het vws-veld*. Den Haag 1999.

¹⁶ Zie ook <https://www.zorgvisie.nl/sociale-partners-vormen-een-front>.

Figuur 2.1: publieke sectoren in schema¹⁷



3. Brengt normalisering ook nieuwe marges?

Voordat de vraag aan de orde is hoe het aan de onderhandelingstafels in het onderwijs wellicht toch anders of beter kan, moet eerst worden ingegaan op de aanstaande normalisering van de rechtspositie van ambtenaren. Werkt deze door op de arbeidsvoorwaardenvorming in publieke sectoren, en zo ja: hoe?

In 2015 heeft deze vraag ten grondslag gelegen aan een analyse door een werkgroep van overheidswerkgevers, onder voorzitterschap van de heer Borstlap. De werkgroep-Borstlap geeft in het betreffende rapport aan dat in lijn met de internationaalrechtelijke verdragen,¹⁸ het in de genormaliseerde situatie “belangrijker wordt dan voorheen om ook de belangen van werkgevers in de publieke sector nadrukkelijker mee te nemen bij (voorgenomen) algemene wetgeving en beleid.”¹⁹ Dit geldt volgens de werkgroep ook voor de sectoren Defensie, Politie en Rechterlijke macht die in beginsel buiten de normalisering blijven. In de genormaliseerde situatie zal het aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zijn om een coördinerende rol te vervullen als het gaat om het *raadplegen* van relevante actoren, waaronder dan dus ook overheidswerkgevers, bij algemene wetgeving en beleid. De budgettaire sturing berust volgens de werkgroep bij de minister van Financiën, die in geval van afwijking van het referentiemodel de werkgevers *consulteert* van de kabinetssectoren, alsook de minister van OCW voor de onderwijssector en de minister van BZK voor de lagere overheden. Hierbij merkt de werkgroep in een voetnoot op dat afhankelijk van de nadere uitwerking van het sturingsmodel, “de onderwijswerkgevers worden geconsulteerd door hetzij de

¹⁷ Gebaseerd op Werkgroep Sturing op arbeidsvoorwaardenvorming en pensioenen in de publieke sector, *Buitengewoon normale sturing. De sturing op de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in de publieke sector vanuit de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren bezien*. Den Haag 2015, p. 10.

¹⁸ De werkgroep verwijst naar ILO-verdrag nr. 98, artikel van het Europees Sociaal Handvest en artikel 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens. A.w., p. 5.

¹⁹ A.w., p. 5.

minister van FIN, hetzij de stelselverantwoordelijke minister van OCW.”²⁰ De werkgroep adviseert voorts de nieuwe spelregels formeel vast te leggen. In feite zegt de werkgroep-Borstlap dat de besluitvorming over a) algemene arbeidsrechtelijke wetgeving en b) bijstelling van het referentiemodel in de genormaliseerde situatie anders moet verlopen. De positie van de overheids- en onderwijswerkgevers moet dan iets meer op afstand staan van de uitvoerende en wetgevende macht. De werkgroep adviseert daartoe de besluitvorming niet meer ‘collegiaal’ bij het kabinet als zodanig neer te leggen maar een coördinerende schakel tussen te voegen, te weten de ministers van SZW voor beleidsmatige en de minister van FIN voor financiële aangelegenheden.

Het advies van de werkgroep-Borstlap wordt door de toenmalige minister Plasterk eind 2015 met een beleidsreactie aan de Tweede Kamer aangeboden.²¹ In de reactie op het advies geeft het kabinet aan dat het advies grotendeels wordt overgenomen. In de genormaliseerde situatie zal aan het begin van een kabinetsperiode, na consultatie van de overheidswerkgevers, het kabinet de algemene lijn ten aanzien van de beleidsmatige en budgettaire sturing op de arbeidsvoorwaardenvorming bepalen. De lijn omvat ook de toepassing van het referentiemodel, inclusief eventuele bijstellingen, gedurende de kabinetsperiode. Ten aanzien van de *kabinetssectoren* zal dan ook de beleidsmatige koers worden geëxpliciteerd, omdat deze sectoren een voorbeeldrol vervullen. De beleidsreactie komt er kort en goed op neer dat het kabinet in het vervolg ná een consultatieronde *aan werkgeverszijde*, nadrukkelijker dan voorheen de beleidsmatige en budgettaire koers ten aanzien van arbeidsvoorwaardenvorming in de publieke sectoren zal bepalen.

Het voorgaande overziende valt op dat de normalisering van de rechtspositie van *ambtenaren* dus blijkbaar alleen enige doorwerking heeft op de besluitvorming in het *kabinet*, inhoudende een duidelijker consultatie van *werkgeverszijde*. Voor het overige worden in de betreffende documenten geen fundamentele doorwerking verwacht van de normalisering op de arbeidsvoorwaardenvorming in de publieke sectoren.²²

4. Meer lucht voor onderwijs-cao's?

Wat betekent het voorgaande voor de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs tussen nu en – bijvoorbeeld – 2025? Zijn er signalen die er op wijzen dat het proces rond en aan de cao-tafels anders zal gaan verlopen? Zelfs als de aanstaande normalisering in de beschouwing wordt betrokken, dan nog is de conclusie dat de figuratie van het cao-overleg in het onderwijs als zodanig de komende jaren niet gaat veranderen. Budgetrecht en referentiemodel blijven de marges voor onderhandelingen bepalen. Anders dan lagere overheden, beschikt het bekostigde deel van het onderwijsbestel geen mogelijkheden om via verhoging van bijvoorbeeld ouderbijdragen of collegegelden eventuele ‘minnen’ in de begroting te corrigeren. Mogelijkheden voor schoolbesturen om te draaien aan de knoppen van de dienstverlening – bijvoorbeeld iets minder lesuren geven – worden om begrijpelijke redenen vaak belemmerd door de onderwijswet- en

²⁰ A.w., p. 7.

²¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 32 550, 58.

²² Ook Sprenger verwacht geen fundamentele veranderingen van de normalisering op de arbeidsvoorwaardenvorming in publieke sectoren, zie L. Sprenger, ‘Het arbeidsvoorwaardenoverleg en normalisering.’ In: B. Barentsen, N. Hummel & S.F.H. Jellinghaus, *Van ambtenaar naar ambtenaar. De wet normalisering rechtspositie ambtenaren*. Vereniging Ambtenaar & Recht 2018.

regelgeving.²³ En verslechtering van een deel van de arbeidsvoorwaarden ten gunste van meer salaris is uiteraard aan de kant van de werknemersvertegenwoordigers een 'no go'. Linksom of rechtsom zijn er voor de bevoegde gezagsorganen in het onderwijs dan ook maar weinig mogelijkheden om aan de cao-tafels méér toe te zeggen dan op grond van het referentiemodel normatief aan de lumpsum wordt toegevoegd. En van de vertegenwoordigers van werknemers kan er tegen die achtergrond in alle redelijkheid niet worden gevraagd om 'over de eigen schaduw heen te springen'. In feite is het enige onderwerp van gesprek dan nog: hóe wordt het – eventuele – plusje ingezet. Er is zo gezegd – logischerwijs - geen zicht op overlegtafels waaraan de komende jaren meters gemaakt kunnen worden.²⁴

Hetgeen overigens niet betekent dat niet kàn worden nagedacht over innovaties of alternatieven. Want wat als ...?

Nu zal in deze bijdrage zeker niet dé oplossing voor de sterk vervlochten situatie rond de onderwijscao's worden gepresenteerd. De met deze cao's gemoeide belangen, van werkgevers en werknemers, van het parlement maar ook en vooral het belang van kwalitatief goed onderwijs, zijn te daarvoor te groot. Wat wel kan is een voorzichtige suggestie doen voor een denkrichting, die evenzogoed kan worden vervangen door een andere mocht dat beter passend zijn.

Wat als...

(1) de oplossing niet werd gezocht voor één onderwijssector zoals het primair onderwijs, maar voor enkele of alle onderwijssectoren gezamenlijk? Veel elementen van de onderwijscao's zijn immers gelijk of gelijk te schakelen, bijvoorbeeld als het gaat over aanstelling, ontslag en sociale zekerheid. Integreren van die elementen zou kunnen leiden tot een basis-onderwijscao, waarop dan desgewenst differentiaties naar subsector kunnen worden geplaatst. Hiertoe zou het initiatief kunnen komen, niet van het ministerie van OCW, maar van sociale partners, bijvoorbeeld vanuit de Stichting van het Onderwijs of een ander daarvoor geschikt geacht gremium. De krachtenbundeling van sociale partners in het onderwijs zou overigens verder kunnen gaan dan enkel de 'regeltechniek' van het integreren van een deel van de cao-bepalingen, en zich ook kunnen uitstrekken tot financieringsafspraken met de overheid. Immers: de parameters van het referentiemodel niet onbekend in Den Haag; het is geen hogere wiskunde om na te gaan hoeveel ruimte – in technisch opzicht – in periode X beschikbaar komt voor de arbeidsvoorwaardenvorming in de publieke sectoren, waaronder het onderwijs. Verder zijn er regeerakkoorden waarin middelen voor investeringen in het onderwijs zijn inbegrepen; middelen die in de afgelopen jaren steeds zijn 'verknijpt' in afzonderlijke, sectorale bestuursakkoorden tussen het ministerie van OCW en de betreffende sectorraden.

Wat als sociale partners in staat zouden zijn om het één met het ander in een onderwijsbreed, meerjarig investeringsplan zelf te combineren? Waarin zij aangeven hoe zij denken dat sommige

²³ Denk hierbij aan het voldoen aan inhoudelijke programmeringsvoorschriften (eindtermen, examenprogramma's, kwalificatiedossiers), urennormen, de inzet van voldoende bevoegde leraren, enzovoorts.

²⁴ Stiller & Boonstra karakteriseren de situatie in het primair onderwijs in hun Europees vergelijkende studie als een *deadlock situation*, oftewel één waarin sociale partners elkaar gegijzeld houden; zie S. Stiller & K. Boonstra, *BARSOP country report: The Netherlands*. Amsterdam: AIAS/HSI, Universiteit van Amsterdam / Vrije Universiteit 2018, p. 46.

middelen beter sectoroverstijgend gebundeld kunnen worden, andere middelen beter geconcentreerd gericht kunnen worden op een arbeidsvoorwaardelijk item in één van de subsectoren, enzovoorts?

Toegegeven, het zal het nodige aan stuurmanskunst bij sociale partners vergen, en groots onderling vertrouwen, maar het nadenken over een meer sectoroverstijgende aanpak lijkt één van de routes te zijn om uit de bestuurlijk vervlochten toestand van de onderwijs-cao's te geraken.

En dan, ten slotte, wat als...

(2) sociale partners in het onderwijs op een andere manier een sprong in het diepe zouden durven wagen, en net als in de zorgsector er voor kiezen om – wederom in gezamenlijkheid (het is nu eenmaal een zero sum game) – met de bewindspersonen van OCW een convenant af te sluiten over de overheidsbijdrage in de arbeidskostenontwikkeling, inhoudende een referentiemodel zónder beleidsmatige bijstellingsmogelijkheid? Mede door inmiddels ook in het onderwijs gerealiseerde decentralisatie van arbeidsvoorwaardenvorming naar subsectoren, de lumpsum bekostiging én de aanstaande de normalisering, valt steeds minder goed te beargumenteren waarom een OVA-convenant voor de zorgsector wél kan, maar voor het onderwijs niet? Op zijn minst zouden sociale partners met elkaar een verkenning naar deze materie kunnen opstarten, hetgeen vervolgens een basis kan zijn voor een gedragen voorstel aan de OCW-bewindspersonen.

Nogmaals, het zijn in het kader van deze bijdrage en bundel maar enkele suggesties voor in ieder geval het starten van het nadenken over de ontstane situatie en hoe daar – met in achtneming van alle relevante belangen – de komende jaren uit te komen. Dat lijkt een beter perspectief dan steeds maar weer, jaar in jaar uit, te moeten constateren dat cao-onderhandelingen vastlopen omdat de marges nu eenmaal uitermate smal zijn.

Acties in het onderwijs en het stakingsrecht anno 2018

Elmira van Vliet¹

1. Inleiding

Het afgelopen jaar was een actiejaar in het primair onderwijs. Nadat eind 2017 al twee landelijke stakingen hebben plaatsgevonden, wordt sinds begin 2018 door leerkrachten in het primair onderwijs regionaal, door middel van estafettestakingen, actie gevoerd. Inzet van de stakingen is dat het kabinet financiële maatregelen neemt die leiden tot een hoger loon en een lagere werkdruk voor leerkrachten in het basisonderwijs. De leerkrachten zijn van mening dat er een te groot salarisverschil is met docenten in het voortgezet onderwijs. De stakingen worden georganiseerd door PO Front, waarbij diverse partijen zijn aangesloten: de vakbonden PO in Actie, AOb, FNV Overheid, CNV Onderwijs en de Federatie van Onderwijsvakorganisaties (FvOv). Verder zijn de Algemene Vereniging van Schoolleiders (AVS) en de PO-raad (werkgeversorganisatie) aangesloten bij PO Front. In juli 2018 hebben de sociale partners een nieuwe CAO PO 2018-2019 ondertekend, die een looptijd heeft van 1 januari 2018 tot 1 maart 2019. In deze cao is met ingang van 1 september 2018 een algemene loonsverhoging van 2,5% en een eenmalige uitkering van € 750,00 opgenomen. Daarnaast hebben de cao-partijen nieuwe voorbeeldfuncties gemaakt voor leraren met onder meer als doel om de loonkloof met het voortgezet onderwijs zoveel mogelijk te verkleinen.

Met de totstandkoming van de nieuwe cao zijn de acties echter niet van de baan, omdat volgens het PO Front de loonkloof tussen docenten in het basisonderwijs en voortgezet onderwijs nog steeds niet is verdwenen. Het lerarentekort groeit en is een groot probleem in het primair onderwijs.² Na de zomervakantie worden de estafettestakingen voortgezet om op die manier het kabinet te bewegen nog meer geld te investeren in het primair onderwijs. Naast de leerkrachten, hebben ook de basisschooldirecteuren aangekondigd na de zomervakantie te gaan staken voor meer salaris.

Kortom, stakingen in het primair onderwijs zijn tegenwoordig aan de orde van de dag. Reden temeer om het stakingsrecht eens nader onder de loep te nemen. In deze bijdrage zal ik allereerst ingaan op de meest relevante rechtspraak van de Hoge Raad over het stakingsrecht en het juridisch toetsingskader uiteen zetten. Vervolgens zal ik nader ingaan op de stakingen die in het onderwijs hebben plaatsgevonden (en ook voor later dit jaar zijn aangekondigd) en deze aan de hand van de criteria van de Hoge Raad toetsen. Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie.

2. Stakingsrecht volgens de Hoge Raad in vogelvlucht

Het stakingsrecht is in de Nederlandse wetgeving niet geregeld. Het juridisch kader wordt gevormd door allereerst artikel 6 lid 4 en artikel G van het Europees Sociaal Handvest (afgekort: ESH), dat in

¹ Mr. dr. E. van Vliet is als universitair docent werkzaam bij Erasmus School of Law.

² Zie hierover bijvoorbeeld E. Kieviet, 'Lerarentekort in Rotterdam groter dan voorgaande jaren: Met zorgen het nieuwe schooljaar in', *RTV Rijnmond* 24 augustus 2018.

Nederland directe werking heeft, en ten tweede de daarop gebaseerde jurisprudentie van de Hoge Raad.³

Uit artikel 6 lid 4 ESH volgt dat de partijen bij het ESH (waaronder Nederland) teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen erkennen: *'het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in geval van belangengeschillen met inbegrip van het stakingsrecht, behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten'*.

In artikel G ESH zijn de beperkingen van het stakingsrecht geregeld. Het stakingsrecht kan worden beperkt indien deze beperkingen bij wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en de vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. Aan de hand van artikel 6 lid 4 ESH en artikel G ESH zijn door de Hoge Raad in diverse uitspraken de lijnen inzake het stakingsrecht in Nederland uiteen gezet, om te beginnen in het NS-arrest uit 1986.⁴

NS-arrest

Waar ging het om in het NS-arrest? De bonden voerden collectieve acties tegen het voornemen van de minister van Sociale Zaken om de werknemers die in dienst waren van de NS te korten op hun salaris. Uit het NS-arrest volgt allereerst dat sprake moet zijn van een *belangengeschil* tussen een werkgever en werknemers en niet van een zuiver rechtsgeschil, wil een groep werknemers aanspraak kunnen maken op het recht tot het voeren van een collectieve actie. Ook collectieve acties die niet direct tegen de werkgever, maar tegen de overheid zijn gericht, zoals bij de NS het geval was, kunnen onder de reikwijdte artikel 6 lid 4 ESH vallen.⁵ De Hoge Raad oordeelde over collectieve acties met een politiek element dat acties die zich richten op het overheidsbeleid ten aanzien van arbeidsvoorwaarden die het onderwerp plegen of behoren te zijn van collectief onderhandelen, vallen onder artikel 6 lid 4 ESH. Als de acties zich tegen andersoortig overheidsbeleid richten, dan is sprake van een zuiver politieke actie en valt de actie niet onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH. Later heeft de Hoge Raad dit nog eens bevestigd in het Havenstakingsarrest, waar werd gestaakt tegen overheidsmaatregelen inzake de WAO (die invloed hadden op arbeidsvoorwaarden in de cao) en de collectieve actie zich dus richtte tegen de overheid maar keerde tegen de werkgever.⁶ Ook de estafettestaking als activvorm, waarbij (groepen) werknemers in deelgebieden om de beurt staken, valt onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH, zo kan uit het NS-arrest worden afgeleid.⁷

Uit het NS-arrest volgt dat als een staking zich richt tegen de overheid, maar zich keert tegen de werkgever, de werkgever als 'derde' als bedoeld in artikel G ESH dient te worden beschouwd. Onder bijzondere omstandigheden kunnen de rechten van de werkgever dan een beperking op het stakingsrecht rechtvaardigen, waarmee hij in een gunstiger positie komt te verkeren dan bij een 'reguliere staking' (die zich richt en keert tegen de werkgever) het geval is. De idee daarachter is

³ Zie voor een uitgebreide uiteenzetting: A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, *Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 33*. Deventer: Kluwer 2004.

⁴ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS) m. nt. P.A. Stein.

⁵ In de literatuur wordt dit type collectieve acties vaak 'richten-keren-acties' genoemd.

⁶ HR 11 november 1994, *NJ* 1995,152 (Havenstakingsarrest).

⁷ A.R. Houweling e.a., *Arbeidsrechtelijke Themata I*. Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 460.

dat in geval van een reguliere staking de werkgever het direct in zijn macht heeft de acties te doen eindigen, namelijk door de eisen van de actievoerende werknemers in te willigen. De richten-keren-actie kenmerkt zich hierdoor, dat de werkgever die macht niet heeft, omdat hij onvoldoende invloed kan uitoefenen op de arbeidsvoorwaardenvorming.

Naast de beoordeling van de vraag of sprake is van een belangengeschil en de collectieve actie onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH valt, dient te worden beoordeeld of aan de procedureregels (tijdige aanzegging en ultimum remedium) is voldaan en moet worden beoordeeld of de staking proportioneel is in het licht van artikel G ESH.⁸ Na een tijdige aanzegging, heeft de werkgever de kans de eisen van een vakbond alsnog in te willigen of kan hij schadebeperkende maatregelen nemen. Ultimatum remedium houdt in dat sprake is van een laatste redmiddel, waarbij de onderhandelingen volledig zijn stuk gelopen en geen, minder vergaande, mogelijkheden aanwezig zijn.⁹ Uiteindelijk werd de collectieve actie bij NS als rechtmatig beoordeeld. Het toetsingskader dat de Hoge Raad in het NS-arrest heeft gegeven, is met het Enerco-arrest en het Amsta-arrest deels aangevuld en herzien.¹⁰

Enerco-arrest

In het Enerco-arrest was de vraag aan de orde of het ‘besmet verklaren’ van werkzaamheden bij een ander dan de bestaakte werkgever valt onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH. Rietlanden, een op- en overslagbedrijf, had een belangenconflict met FNV en HZC. Enerco heeft Rietlanden opdracht gegeven het zeeschip Evgenia met steenkool voor Enerco te lossen. Tijdens het ‘lichten’ van het schip ontstond een staking. FNV en HZC hebben hun kaderleden bij andere overslagbedrijven gevraagd schepen van klanten van Rietlanden niet te lossen. Deze werkzaamheden werden ‘besmet verklaard’. Gevolg was dat het lichten van de Evgenia niet kon worden voltooid.

Volgens de Hoge Raad is voor het antwoord op de vraag of een collectieve actie onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH valt, bepalend of de actie redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Als dat zo is, dan dient de collectieve actie in beginsel te worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in artikel 6 lid 4 ESH neergelegde grondrecht. Wel kan een actie op grond van artikel G ESH worden verboden of beperkt als zij, gelet op de zorgvuldigheid die krachtens artikel 6:162 BW in het maatschappelijk verkeer in acht dient te worden genomen ten aanzien van een derde (in dit geval: Enerco), in zodanige mate inbreuk maakt op diens rechten dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn. Of dit het geval is, moet worden beoordeeld aan de hand van – met inachtneming van alle omstandigheden van het geval – de met de uitoefening van het grondrecht gediende belangen af te wegen tegen die waarop inbreuk wordt gemaakt.¹¹ Het enkele feit dat een derde schade lijdt door de collectieve actie, leidt niet zonder meer tot de conclusie dat de collectieve actie onrechtmatig is.

⁸ I. van der Helm, ‘De toepassing van het stakingsrecht sinds het nieuwe beoordelingskader’, *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2017-3, p. 105-106.

⁹ A.R. Houweling e.a., *Arbeidsrechtelijke Themata I*. Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 462-463.

¹⁰ HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077, ECLI:NL:HR:2014:3077 (Enerco) en HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687 (Amsta).

¹¹ Vgl. HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG3098.

Amsta-arrest

Nog geen jaar na het Enerco-arrest, wees de Hoge Raad het Amsta-arrest. In het Amsta-arrest had de FNV een onaangekondigde bedrijfsbezetting op één van de locaties van Amsta georganiseerd, waarbij een aantal mensen de toegang tot het Dr. Sarphatihuis werd ontzegd. De Hoge Raad oordeelde dat als de organisatoren van een collectieve actie aannemelijk maken dat de actie redelijkerwijze kan bijdragen aan een doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, deze actie onder artikel 6 lid 4 ESH valt en deze in beginsel moet worden aangemerkt als een rechtmatige uitoefening van het sociale grondrecht op collectieve actie (uiteraard moet wel eerst sprake zijn van een belangengeschil). Het ligt dan op de weg van de werkgever of de derde die eist dat de uitoefening van het recht op collectieve actie in het concrete geval wordt beperkt of uitgesloten, om aannemelijk te maken dat deze beperking of uitsluiting naar de maatstaf van artikel G ESH gerechtvaardigd is. Dit laatste is het geval indien beperkingen aan het recht op collectieve actie maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk zijn.¹² Bij de beoordeling hiervan spelen alle omstandigheden een rol.¹³ Daarbij kunnen onder meer van belang zijn:

- de aard en duur van de actie;
- de verhouding tussen de actie en het daarmee nagestreefde doel;
- de daardoor veroorzaakte schade aan de belangen van de werkgever of derden;
- de aard van die belangen en die schade.

De Hoge Raad oordeelde in Amsta verder dat de zogenoemde 'spelregels' (tijdige aanzegging en ultimatum remedium) niet langer een zelfstandige maatstaf zijn om te beoordelen of een collectieve actie onrechtmatig is. Wel zijn de spelregels nog steeds van belang bij de beantwoording van de vraag of de uitoefening van het recht op collectief optreden in een concreet geval dient te worden beperkt of verboden langs de weg van artikel G ESH. De spelregels zijn daarbij gezichtspunten die aan het rijtje met omstandigheden die een rol spelen in de beoordeling kunnen worden toegevoegd. De Hoge Raad merkt nog op dat als de actie mede personen treft met een bijzondere kwetsbaarheid zoals jeugdigen, gehandicapten, bejaarden en anderen die in bijzondere mate zorg behoeven, in die zin dat zij afbreuk doet aan de mogelijkheid van hun verzorging waardoor die personen worden blootgesteld aan het gevaar dat hun geestelijke of lichamelijke gezondheid wordt geschaad, de actie op grond van artikel G ESH als snel als onrechtmatig moet worden aangemerkt (vgl. HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991, ZC0424, NJ 1992/508).

Tot zover een uiteenzetting van de meest relevante jurisprudentie van de Hoge Raad op het terrein van het stakingsrecht. Wat betekent dit nu voor de stakingen in het primair onderwijs?

3. Stakingen in het onderwijs nader bezien

Hoe dienen de stakingen in het onderwijs te worden beoordeeld als deze langs de meetlat van het ESH en de jurisprudentie van de Hoge Raad worden gelegd? Daarbij kan worden vooropgesteld dat acties in de overheidssector niet anders worden beoordeeld dan acties in de private sector.¹⁴ Allereerst dient te worden getoetst of de acties onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH vallen en

¹² HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2309, NJ 1997/437 (Streekvervoer).

¹³ Zie HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, NJ 1986/688 en HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2309, NJ 1997/437.

¹⁴ L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht (diss. Groningen)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 68-71.

vervolgens dient beoordeeld te worden of de acties op grond van artikel 6 ESH beperkt of verboden zouden kunnen worden.

Reikwijdte artikel 6 lid 4 ESH

Conform de lessen van de Hoge Raad dient, bij beantwoording van de vraag of de collectieve actie onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH valt (nadat uiteraard is vastgesteld dat sprake is van een belangengeschil), allereerst te worden beoordeeld of de actie redelijkerwijs kan bijdragen aan een doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Bij een zuiver politieke staking, die gericht is tegen overheidsbeleid ten aanzien waarvan ieder verband met collectief overleg omtrent arbeidsvoorwaarden ontbreekt, is dat niet het geval.¹⁵ Hier zal echter niet snel sprake van zijn. Een aantal jaar geleden werden bijvoorbeeld stakingen tegen de verhoging van de AOW-leeftijd, dat op zichzelf geen onderwerp van collectieve onderhandeling is, als rechtmatig beoordeeld.¹⁶ Redengevend was volgens het Hof Amsterdam dat onontkoombaar was dat de verhoging van de AOW-leeftijd een rol zou gaan spelen in de collectieve arbeidsvoorwaardenonderhandelingen.¹⁷

Bij de stakingen in het onderwijs is sprake van een belangengeschil. Immers, er is geen juridische grondslag op grond waarvan recht bestaat op meer loon of een lagere werkdruk, zodat niet gesproken kan worden van een rechtsgeschil. De acties richten zich tegen de overheid. Inzet van de stakingen is namelijk dat het kabinet geld ter beschikking stelt om de salarissen van leraren te verhogen en de werkdruk te verminderen. Anders dan de meeste stakingen die zich tegen de overheid richten en zich keren tegen de werkgever (zoals in het NS-arrest), hebben de werkgeversorganisatie de PO-Raad en de AVS zich bij het PO Front, dat de acties organiseert, aangesloten. Daardoor kan niet helemaal worden gezegd dat de acties zich tegen de werkgever keren, zoals bijvoorbeeld bij de stakingen in het openbaar vervoer wel het geval was.¹⁸ Alle cao-partijen hebben zich immers bij de acties aangesloten. De hoogte van het loon en verminderen van de werkdruk hebben een belangrijke rol gespeeld bij de onderhandelingen over de nieuwe CAO PO. Het loon is ook bij uitstek een onderwerp dat een rol speelt in collectieve onderhandelingen. De € 270 miljoen die het kabinet naar aanleiding van eerdere acties ter beschikking heeft gesteld, zijn in de cao-afspraken opgenomen. Op basis daarvan kan worden geconcludeerd dat de acties zonder meer hebben bijgedragen aan een doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Van een zuiver politieke staking is geen sprake. Overigens is daarbij wel opvallend dat, ondanks dat een nieuwe cao is gesloten, nieuwe acties zijn aangekondigd. Hoeveel ruimte is er nog om actie te voeren, terwijl cao-partijen recent nog een akkoord hebben bereikt over een nieuwe cao? Bij acties die zich richten tegen de werkgever, is een logisch gevolg van het sluiten van een nieuwe cao meestal dat geen actie meer wordt gevoerd.¹⁹ Mogelijk kan het groeiende lerarentekort in het primair onderwijs mede aanleiding vormen voor nieuwe acties, omdat een

¹⁵ Zie voor deze definitie en acties met een politiek element: B.A. Schmahl, 'Politieke staking mag?!', *TRA* 2010/1, 3.

¹⁶ Hof Amsterdam 4 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM3468.

¹⁷ Zie hierover S.F. Sagel, 'Staken tegen de AOW-plannen; het mocht toch!', *TRA* 2010, 68.

¹⁸ Rb. Utrecht 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7579 en Rb. Utrecht 4 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1899.

¹⁹ Dit was bijvoorbeeld het geval bij Akzo Nobel, zie hierover R. Hansma, 'Het Nederlandse collectieve actierecht (echt) op Europese leest geschoeid', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2016 (10), 1, p. 35-36. Zie over een staking nadat een akkoord was bereikt: V.zr. Rb. Rotterdam 24 november 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ2995. Mede om die reden is in veel cao's een 'vredesplicht' opgenomen.

hoger loon en het verdwijnen van het loonverschil met het voortgezet onderwijs van positieve invloed zou kunnen zijn op het tekort.

Beperkingen artikel G ESH

Ten aanzien van de stakingen in het onderwijs dient voorop gesteld te worden dat het nog de vraag is welke partij zou eisen dat de uitoefening van het recht op collectieve actie wordt verboden of beperkt. Vooralsnog heeft de PO-Raad zich achter de acties geschaard, dus ligt het niet voor de hand te verwachten dat de werkgevers de acties willen beperken. Niet ondenkbaar is echter dat ouders van de kinderen die als gevolg van de acties geen les krijgen zich, als de acties voortduren, op enig moment gaan verenigen. Hoe vaker acties plaatsvinden, hoe lastiger het voor ouders zal zijn de gevolgen op te vangen. Als ouders bijvoorbeeld extra buitenschoolse opvang voor de kinderen moeten regelen, zijn daar kosten aan verbonden die voor rekening van de ouders komen. In deze bijdrage zal worden verkend of er mogelijk beperkingen aan het stakingsrecht gesteld zouden kunnen worden.

Uit de rechtspraak blijkt dat schade voor derden en hinder in principe inherent zijn aan een actie en moeten worden geduld.²⁰ Wel kunnen het algemeen belang en als bijzonder kwetsbare personen de dupe worden, redenen zijn om een staking te verbieden. Uit het Amsta-arrest blijkt namelijk expliciet dat als de actie mede personen treft met een bijzondere kwetsbaarheid zoals jeugdigen, gehandicapten, bejaarden en anderen die in bijzondere mate zorg behoeven, in die zin dat zij afbreuk doet aan de mogelijkheid van hun verzorging waardoor die personen worden blootgesteld aan het gevaar dat hun geestelijke of lichamelijke gezondheid wordt geschaad, de actie al snel op grond van artikel G ESH als onrechtmatig zal worden aangemerkt. Illustratief in dit verband, en ook relevant voor het primair onderwijs, is een zaak over leerlingenvervoer die in 2016 aanhangig werd gemaakt.²¹ Na een overname van het leerlingenvervoer voor leerlingen die door een structurele beperking of om andere redenen niet van en naar hun onderwijsinstelling kunnen komen, hebben de (na faillissement) overgenomen werknemers slechtere arbeidsvoorwaarden aangeboden gekregen. De FNV heeft aangekondigd dat (een deel van) haar leden het werk neerleggen, met als insteek dat zij dezelfde arbeidsvoorwaarden krijgen als voor de overname. Op 22 juni 2016 hebben de werknemers het werk neergelegd. Er zijn verder tot aan de zomervakantie (niet nadere geconcretiseerde) acties aangekondigd. De betrokken gemeenten en de werkgever hebben verzocht de acties te verbieden. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de FNV voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de aangekondigde actie kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. In dit geval betreffen de acties echter een doelgroep van kwetsbare leerlingen, ook al heeft de FNV aangevoerd dat sommige ouders en leerlingen achter de acties staan. Na afweging van de wederzijdse belangen, komt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat het maatschappelijk belang dat leerlingen die voor hun schoolgang zijn aangewezen op leerlingenvervoer, ook daadwerkelijk naar school kunnen gaan, zwaarder weegt. De actie wordt verboden. De FNV is het niet eens met het oordeel van de voorzieningenrechter en gaat in hoger beroep.²² Met succes. Het Hof Amsterdam oordeelt allereerst dat sprake is van een belangengeschil, want er is geen juridische verplichting de oude arbeidsvoorwaarden toe te passen. De collectieve acties vallen onder artikel 6 lid 4 ESH, omdat die

²⁰ Zie hierover I. van der Helm, 'De toepassing van het stakingsrecht sinds het nieuwe beoordelingskader', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2017-3, p. 109.

²¹ Vsr. Rb. Amsterdam 22 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3995.

²² Hof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1644.

redelijkerwijs hebben kunnen bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Tot zover lopen de uitspraken van de voorzieningenrechter en het hof niet uiteen. Vervolgens toetst het hof of er een gerechtvaardigde beperking is. De beperking moet, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn. Het hof oordeelt dat de omstandigheid dat het gaat om kwetsbare leerlingen (onweersproken is gesteld dat de kinderen beperkingen hebben zoals doofheid, blindheid en (ernstige vormen van) autisme) niet zonder meer betekent dat daarmee bij acties als de onderhavige hun geestelijke gezondheid ook in het geding is. In dit geval is daarvan onvoldoende gebleken. Verder weegt het hof mee dat de acties die op 22 juni 2016 hebben plaatsgevonden vooraf waren aangekondigd. Nog afgezien van het feit dat niet is komen vast te staan dat er geen alternatieve vervoersmogelijkheden waren, is het hof van oordeel dat de enkele omstandigheid van het gedurende een enkele dag niet kunnen volgen van onderwijs niet maakt dat op grond daarvan de inperking van het stakingsrecht maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is. Een beperking van het stakingsrecht is in dit geval niet gerechtvaardigd en de FNV wordt in hoger beroep alsnog in het gelijk gesteld.

Ten aanzien van de stakingen in het primair onderwijs geldt dat sprake is van een maatschappelijk belang: de leerlingen, die leerplichtig zijn, dienen een aantal uren onderwijs per jaar te krijgen. Als leerlingen langere tijd geen onderwijs krijgen, zou dan gesteld kunnen worden dat een kwetsbare groep hiervan de dupe wordt en een inperking van het stakingsrecht maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is? Ik denk van niet. Bij een staking van een of enkele dagen, die zoals in het primair onderwijs (ruim) van tevoren is aangekondigd, zal een beperking van het stakingsrecht niet maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk zijn. Bovendien lijkt de Hoge Raad voor beperking van het stakingsrecht bij acties die kwetsbare personen treffen de voorwaarde te stellen dat deze personen worden blootgesteld aan het gevaar dat hun geestelijke of lichamelijke gezondheid wordt geschaad. Aan deze voorwaarde zal bij de huidige stakingen in het onderwijs niet zijn voldaan. Als er echter meer (langdurige) acties zouden komen, als gevolg waarvan leerlingen een achterstand oplopen, zou deze afweging mogelijk anders kunnen uitvallen. Dat de acties leiden tot hinder - ouders/verzorgers zullen tijdens de stakingen hun kind moeten opvangen of opvang moeten regelen - is inherent aan een collectieve actie.²³ Wel kan er bij de belangenafweging rekening mee worden gehouden dat de acties zich richten tegen de overheid.²⁴

Een andere vraag die gesteld kan worden, is of het primair onderwijs aangemerkt zou kunnen worden als een essentiële dienst. Naarmate een dienst essentiël is, zal namelijk eerder plaats zijn voor een beperking van het stakingsrecht.²⁵ Hoewel in Nederland een definitie van het begrip essentiële diensten ontbreekt, kan het omschreven worden als 'diensten waarvan verstoring het bestaan of het welzijn van (een deel van) de bevolking in gevaar brengt'.²⁶ Het verlenen van essentiële diensten was bijvoorbeeld in 2015 in een zaak van het Hof Den Haag aan de orde.²⁷ Deze actie bestond uit het stopzetten van politie-assistentie aan deurwaarders. Het hof oordeelde dat het niet dringend maatschappelijk noodzakelijk was de actie te verbieden. Dat uitstel van executie - deurwaarders zullen zonder bijstand van de politie vaak niet tot ontruiming willen overgaan - voor

²³ Zie hierover ook A. Joosten, 'Staken in het onderwijs', *School en Wet* september 2018, p. 5-9.

²⁴ A.R. Houweling e.a., *Arbeidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 462.

²⁵ HR 21 maart 1997, *NJ* 1997, 437, r.o. 4.7.3.

²⁶ Conclusie A-G onder 3.5 bij HR 21 maart 1997, *NJ* 1997, 437.

²⁷ Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2555, *AR Updates* 2015-0942 m. nt. G.W. van der Voet.

derden (zoals woningbouwverenigingen) tot aanzienlijke schade zou leiden, maakte dat niet anders. Het hof achtte ook van belang dat de politiebonden vanwege de essentiële taak die de politie in het functioneren van de rechtsstaat vervult, beperkt is in de keuze van actiemiddelen die druk kunnen zetten op de inzet van de actie. In dit geval was de actie toegestaan. De Hoge Raad heeft zich niet uitgelaten wat onder essentiële diensten dient te worden verstaan en een exacte definitie van dit begrip is niet voorhanden.²⁸ Naar mijn idee zijn er daarom vooralsnog onvoldoende aanknopingspunten om te kunnen stellen dat het primair onderwijs in Nederland als essentiële dienst moeten worden gekwalificeerd.²⁹

4. Conclusie

Het stakingsrecht is de afgelopen jaren veelvuldig in de rechtspraak aan de orde geweest, waarbij de Hoge Raad nieuwe lijnen heeft uitgezet. In het primair onderwijs zijn de afgelopen tijd verschillende acties gevoerd voor een hoger salaris en een lagere werkdruk. Ook nadat overeenstemming is bereikt over een nieuwe CAO PO 2018-2019, zal in het vervolg van 2018 vervolg worden gegeven aan de estafettestaking. Uniek voor de stakingen in het primair onderwijs is dat de acties door de verschillende cao-partijen worden gesteund, ook aan werkgeverszijde. In die zin zijn de stakingen in het onderwijs niet vergelijkbaar met andere stakingen die zich richten tegen de overheid en keren tegen de werkgever. Werkgevers in het primair onderwijs zullen zich in dit geval niet inzetten de stakingen te verbieden of te beperken. Zelfs als zou worden aangenomen dat - onder andere omstandigheden - de acties zich wel volledig tegen de werkgevers keren, dan zijn er op basis van de huidige stand van zaken van het stakingsrecht eigenlijk geen aanknopingspunten de stakingen te verbieden. Vereist is dan namelijk dat, op grond van alle omstandigheden van het geval, beperking van het stakingsrecht dringend maatschappelijk gezien noodzakelijk moet zijn. Een lat die, terecht, hoog ligt en die bij de wijze waarop de acties tot nu toe vorm en inhoud hebben gekregen niet zal worden gehaald.

²⁸ R. van Arkel, 'Staking bij essentiële diensten', *ArbeidsRecht* 2013/25.

²⁹ Overigens is dat in Italië wel het geval, zie hierover R. van Arkel, 'Staking bij essentiële diensten', *ArbeidsRecht* 2013/25.

Cao's en medezeggenschap in het onderwijs

Kees Jansen¹

1. Inleiding

Het afsluiten van een cao is één ding, maar die cao ook geïmplementeerd krijgen in de school is wat anders. Voor een aantal in de cao behandelde onderwerpen is daar de personeelsgeleding van de medezeggenschapsraad voor nodig. Op zich is dat niets bijzonders: ook in andere bedrijfstakken kunnen bij cao bepaalde acties op het bordje van de ondernemingsraad worden gelegd. Het onderwijs – en in deze bijdrage beperk ik mij tot het primair en voortgezet onderwijs – kent echter een ongedeelde medezeggenschap. Ook ouders, en in het voortgezet onderwijs leerlingen, maken deel uit van de (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad. Dat brengt een eigen dynamiek met zich.

Hieronder beschrijf ik in het kort de geschiedenis van de medezeggenschap, met name in de verhouding tot de vakbonden en cao's (paragraaf 2). Vervolgens zoom ik in op de huidige verhouding tussen die beide (paragraaf 3). In de paragraaf 4 bespreek ik twee situaties waarin de cao spanningen teweegbrengt in de school, juist door de inschakeling van de P(G)MR. Ten slotte ga ik kort in op de representativiteit die in beide vormen van collectieve belangenbehartiging een rol speelt (paragraaf 5). In paragraaf 6 geef ik kort de bevindingen weer, uiteraard voorzien van een praktische aanbeveling.

2. Een stukje geschiedenis

Het fenomeen medezeggenschap is al heel oud, maar als juridische figuur bestaat het nog niet lang. Medezeggenschap veronderstelt zeggenschap, maar dan wel een zeggenschap die wordt uitgeoefend met medeneming van de inbreng van anderen.

In de 19^e eeuw, de periode waarin de parlementaire democratie in politiek opzicht vorm begon te krijgen, is tegelijkertijd sprake van de opkomst van de industriële samenleving. De huisnijverheid verdwijnt langzamerhand, een vrij hard liberaal sociaaleconomisch klimaat zorgt voor de ondergang van vele kleine ondernemingen met slechts enkele werknemers, en de opkomst van grote fabrieken met een verregaande arbeidsdeling.² Parallel aan de wording van de parlementaire democratie in het staatkundig leven rijst dan de vraag of ondernemers de inbreng van hun medewerkers in de beleidsvorming en de bedrijfsvoering op prijs zouden stellen. En voor de meeste is het antwoord: nee, natuurlijk niet! Dit leidt tot felle polemieken over de verhouding tussen patroon en arbeider, waarbij niet zelden met een beroep op de 'dienstknecht'-teksten uit de brieven van de apostel Paulus de volledige ondergeschiktheid van de arbeider – en daarmee een verbod op elke vorm van

¹ Mr. K. Jansen is jurist bij Verus, met als aandachtsgebied onder meer medezeggenschap. In de jaren '90 van de vorige eeuw heeft hij aan werkgeverszijde deelgenomen aan de cao-besprekingen voor het mbo.

² I.J. Brugmans, *De arbeidende klasse in Nederland in de 19e eeuw 1813-1870*. Utrecht/Antwerpen: Uitgeverij Het Spectrum 1975, p. 31-40 en 52-65; *De Bosatlas van de geschiedenis van Nederland*, Groningen: Noordhoff Atlasproducties 2011, p. 340-343.

formele medezeggenschap – wordt verdedigd, ook door organisaties die voor de arbeider zeggen op te komen.³

Gedurende de eerste decennia van de 20^{ste} eeuw worden de eerste cao's afgesloten tussen de nog jonge werkgevers- en werknemersorganisaties.⁴ In 1923 komen de SDAP en de NVV met een gedetailleerd ontwerp voor een soort Wet op de ondernemingsraden.⁵ Ondanks de betrekkelijk succesvolle experimenten bij de Delftse Gist- en Spiritusfabriek (1878), Stork te Hengelo (1883)⁶ en Van Besouw in Goirle (1901)⁷ is er bij de werkgevers weinig animo voor een vorm van OR. Overigens waren ook de vakbonden lang niet altijd voorstanders van de fabriekscommissies, kernen en dergelijke. Zij vreesden – niet geheel ten onrechte – een competentiestrijd en draagvlakverlies bij het afsluiten van cao's: waar een proto-ondernemingsraad aanwezig was had de werkgever de neiging zaken liever af te handelen met deze raad dan met de 'hardere' vakbonden.⁸ En nog steeds zijn af en toe spanningen tussen vakbonden en ondernemingsraden waarneembaar, zoals onlangs nog bleek bij IKEA en Jumbo.

Het duurt nog tot 1950 voor de eerste echte WOR een feit is.⁹ En ook dan is er nog niet meteen overal een OR. In 1963 heeft nog slechts 45 % van de daarvoor in aanmerking komende ondernemingen een OR geïnstalleerd.¹⁰ Toch ontwikkelen de wensen omtrent de vormgeving van de medezeggenschap zich snel, als begeleidend verschijnsel van een zich voltrekkend *Wirtschaftswunder* en de uitbouw van de verzorgingsstaat. Dit leidt tot de opstelling van een nieuwe WOR in 1971 en een ingrijpende herziening daarvan in 1979.¹¹

Hoewel op het bijzonder onderwijs al vanaf 1950 de WOR en haar opvolgers van toepassing waren kenden niet veel scholen een OR. De omvang van de scholen, ook die voor voortgezet onderwijs, was meestal niet zo groot dat het bevoegd gezag verplicht was een OR in te stellen.¹² Het openbaar

³ L. de Hoop & A. Bornebroek, *De rode dominee*. A.S. Talma. Amsterdam: Boom 2010, p. 83-91.

⁴ Zie voor de geschiedenis van de cao: J. van Drongelen, *Collectief arbeidsrecht 4, De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan*. Zutphen: Uitgeverij Paris 2012, p. 21-49.

⁵ Volledige titel: *Bedrijfsorganisatie en medezeggenschap: Rapport uitgebracht door de commissie ingesteld door N.V.V. en S.D.A.P.*, aangehaald in J. Bierens de Haan e.a., *Wat denkt u van de medezeggenschap?* (Serie "Mens en Bedrijfsleven"), Nijmegen: Uitgeverij De Koepel, z.j. (vermoedelijk kort na 1950), p. 11; Sj. van der Velden, 'Het socialisatierapport van de SDAP uit 1920', *Spanning* september 2010, p. 11; J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht 1, Wet op de ondernemingsraden*. Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 28-30.

⁶ Peer 2006, p. 15-21; J.G. Wissema, W.M.G. Bouts en B. Rutgers, *Medezeggenschap op maat. Van toetsende naar interactieve medezeggenschap*. Assen: Van Gorcum 1996, p. 20-21.

⁷ P. van Beek, 'Jan B.M. van Besouw uit Goirle', *Het Nieuwsblad van het Zuiden* 12 juni 1971.

⁸ Van Drongelen & Jellinghaus 2018, p. 29-30 en 34-35; *Kamerstukken II* 1947/48, 884 nr. 3, p. 3. Dat de taakafbakening tussen OR'en en vakbonden nog lang enigszins problematisch zou blijven blijkt onder meer uit *Kamerstukken II* 1975/76, 13 954 nr. 1-3, p. 24.

⁹ Wet van 4 mei 1950, *Stb.* 1950, K174.

¹⁰ Per ultimo 2011 was dat aantal opgelopen tot 71%. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 367 nr. 3, p. 1 en 2012/13, 29 818 nr. 36 p. 2-3.

¹¹ Wet van 28 januari 1971, *Stb.* 1971, 54, respectievelijk Wet van 5 september 1979, *Stb.* 1979, 448. Voor de geschiedenis van de WOR, zie ook Van Drongelen & Jellinghaus 2018, p. 27-40, Wissema, Bout & Rutgers 1996, p.19-30 en P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten en E. Verhulp, *Arbeidsrecht. Tekst & Commentaar*. Deventer: Kluwer 2010, p. 393.

¹² *Kamerstukken II* 1980/81, 16 606 nr. 3 p. 5. Het zou slechts 25 scholen betreffen, blijktens het SER-advies d.d. 17 oktober 1975, p. 42, aangehaald in J. Sperling en H.E. Mertens, 'Hegel, grondrechten en

onderwijs viel onder de overheidsinstellingen, en daar was geen OR mogelijk.¹³ Omdat er toch de politieke wil was op alle scholen te komen tot een inspraakorgaan, waarin ook ouders en eventueel leerlingen zitting konden hebben, kwam in 1981 de eerste WMO tot stand.¹⁴

In de WMO 1992 krijgt de personeelsgeleding instemmingsbevoegdheden met betrekking tot voorstellen van het bevoegd gezag die te maken hebben met allerlei rechtspositionele aangelegenheden, door de regering 'uitvoeringsregelingen' genoemd.¹⁵

In het zogeheten Schevenings Beraad (1992-1993) spraken departement en onderwijskoepelorganisaties af dat er gewerkt zou worden aan andere bestuurlijke verhoudingen, en daarmee annex dat meer zaken met betrekking tot beleid en regelgeving in het onderwijs decentraal geregeld zouden gaan worden.¹⁶ Dat leidde onder meer tot de invoering van de zogeheten lumpsumbekostiging. Van de schoolbesturen werd verwacht dat zij echt financieel beleid zouden gaan voeren, met (financiële) risico-inventarisaties, reserveringen en voorzieningen, kengetallen en dergelijke.¹⁷ Deze manier van bekostiging brengt met zich dat de onderwijsbesturen zich meer dan tot die tijd het geval was als echte 'werkgevers' moeten opstellen. Ze kunnen er niet meer van uit gaan dat ze met het geld wel rondkomen als ze nauwkeurig de regels van 'Den Haag' volgen; de rekening kan niet langer automatisch in Den Haag worden neergelegd en de besturen zullen dus zelfstandig op allerlei terrein beleid moeten ontwikkelen. Dat betreft ook het beleidsterrein personeel, want vanaf diezelfde tijd worden langzamerhand ook de arbeidsvoorwaarden binnen het onderwijs decentraal geregeld. Aanvankelijk betreft dat alleen de secundaire arbeidsvoorwaarden, maar na verloop van tijd ook de primaire arbeidsvoorwaarden, de salarissen.¹⁸ Deze trend resulteert in het ontstaan van in de meest letterlijke zin omvangrijke cao's voor het onderwijs.

3. De verhouding tussen de cao en de medezeggenschap binnen de school

Hoe verhoudt zich de cao tot de in de WMO 1992 toegekende – en in de Wms gecontinueerde – bevoegdheden van de personeelsgeleding van een (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad? Van de eerder bestaande rivaliteit tussen organisatiegebonden medezeggenschapsorganen en vakbonden die namens de werknemers de cao's afsluiten is intussen nauwelijks nog sprake, al zijn er nog steeds auteurs die liever zouden zien dat de cao's zo min mogelijk algemeen verbindend werden verklaard om zo meer ruimte te geven aan werkgevers om met hun eigen medezeggenschapsorganen de arbeidsvoorwaarden te regelen.¹⁹ In het onderwijs – en ongetwijfeld ook daarbuiten – is juist waar te nemen dat de vakbonden graag de PMR'en adviseren

medezeggenschap in het onderwijs' in: W.T.G. Dresscher c.s. (red.), *Langzaam maar zeker, maar wel zeker. Opstellen over onderwijs- en arbeidsrecht (Brekelmans-bundel)*. Utrecht: Algemene Onderwijsbond 2012, p. 300.

¹³ *Kamerstukken II* 1977/78, 15 057 nr. 1-3 p. 9; 1980/81, 16 606 nr. 3 p. 12; *School en wet* 1980, p. 109.

¹⁴ Wet van 16 december 1981, *Stb.* 1981, 778.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 461 nr. 3, p. 6.

¹⁶ Zie onder meer *Kamerstukken II* 1992/93, 22 827 nr. 7 en F.H.J.G. Brekelmans, 'De vorming van arbeidsvoorwaarden in de onderwijssector', *School & Wet* 1993-6, p. 118-123.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 736 nr. 3 p. 7.

¹⁸ Zie F.H.J.G. Brekelmans en R. van Schoonhoven, 'De ontwikkeling van de arbeidsvoorwaardenvorming in het Nederlandse onderwijs: van gebaande paden naar hobbelige wegen', *T.O.R.B.* 2016-17/5, p. 443.

¹⁹ Van Drongelen 2012, p. 40-43. Overigens zijn de cao's voor het primair en voortgezet onderwijs niet algemeen verbindend verklaard. Zie <http://cao.minszw.nl/index.cfm>.

en ondersteunen bij hun bezigheden, en menige kaderlid van een vakbond maakt zelf deel uit van een medezeggenschapsorgaan binnen de school of organisatie waar het op de loonlijst staat.²⁰ Dat laatste komt overigens niet per definitie van de kwaliteit van de medezeggenschap en de onderlinge verhoudingen binnen de raad ten goede.²¹

Enerzijds bieden de cao's de PMR de ruimte om over meer onderwerpen overleg te voeren dan alleen die, welke expliciet in artikel 12 Wms worden genoemd. Trouwens, artikel 12 lid 1 onder p opent juist de mogelijkheid voor deze uitbreiding van de bevoegdheden: 'vaststelling of wijziging van regels waarover partijen die een collectieve arbeidsovereenkomst hebben gesloten, zijn overeengekomen dat die regels of de wijziging daarvan in het overleg tussen bevoegd gezag en het personeelsdeel van de medezeggenschapsraad tot stand wordt gebracht.'

Anderzijds ontnemen de cao's op sommige terreinen aan de PMR de bevoegdheid die de wet had toegekend, door die terreinen uitputtend te regelen. Overigens is dit niet verboden; artikel 18 lid 2 Wms spreekt hierover duidelijke taal: als in de cao een onderwerp is geregeld heeft de PMR niets meer in de melk te brokkelen. En dat is logisch. Als het onderwerp in de cao uitputtend geregeld is heeft de individuele werkgever over dat onderwerp geen zeggenschap meer, en dan is er ook geen medezeggenschap mogelijk. Medezeggenschap over een bepaald onderwerp kan immers niet méér omvatten dan de zeggenschap over dat onderwerp.

De ratio achter deze verwevenheid van arbeidsvoorwaardelijke regelingen via de cao-tafel aan de ene kant en via het overleg tussen bevoegd gezag en PMR aan de andere kant is natuurlijk het besef dat sommige zaken beter centraal geregeld kunnen worden, en in elk geval in theorie algemeen verbindend kunnen worden verklaard, terwijl andere aangelegenheden beter op bestuurs- of schoolniveau geregeld kunnen worden. Wanneer bijvoorbeeld het kort imperatief buitengewoon verlof uitsluitend op school- of bestuursniveau geregeld moet worden zou tussen de scholen een dermate grote rechtsongelijkheid kunnen ontstaan dat de werkgevers in het onderwijs elkaar gaan beconcurreren op arbeidsvoorwaarden. In de huidige arbeidsmarkt is dat niet geheel denkbeeldig!

4. Spanningen: twee voorbeelden

De verhouding tussen wat in de cao wordt geregeld en de door de wetgever of de cao aan de P(G)MR toegekende bevoegdheden is niet geheel vrij van spanningen. Een voorbeeld daarvan is de wijze waarop in de cao voor het primair onderwijs het taakbeleid werd geregeld. In de CAO PO 2013 waren er acht voorwaarden waaraan het door de werkgever vast te stellen taakbeleid moest voldoen.²² Van de laatste drie kan men zich overigens afvragen of ze zouden bijdragen aan taakbeleid, want die hadden vooral betrekking op de diversiteit van het personeelsbestand. De rol van de P(G)MR in het taakbeleid was beperkt tot het al dan niet instemmen met een regeling ten behoeve van de introductie en begeleiding van beginnende werknemers (lid 2) c.q. vervangers (lid 4).

In de daarop volgende cao, die gold voor 2014-2015, was een hoofdstuk 2A opgenomen, waarvan artikel 2A.7 nadere voorschriften gaf over het taakbeleid, zoals dat per 1 augustus 2015 zou moeten

²⁰ In mijn waarneming komt dat in het voortgezet onderwijs vaker voor dan in het primair onderwijs.

²¹ F. Smit, *Inzicht in de medezeggenschapsraad. Een praktische toelichting bij de Wet medezeggenschap onderwijs 1992. Editie 2005*. Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 35-39.

²² CAO-PO 2013, artikel 2.6.

gelden. Daarin kreeg de P(G)MR een aanmerkelijk prominentere rol toebedeeld. Zonder alle details te noemen kwam het er op neer dat de werkgever een keuze moest maken tussen het zogeheten basismodel en het overlegmodel (artikel 2A.12 lid 1). Als deze keuze uitviel ten gunste van het overlegmodel moest een dergelijk besluit ter instemming aan de P(G)MR worden voorgelegd (artikel 2A.12 lid 2). Als de werkgever besloot alles bij het oude te houden hoefde dat besluit niet te worden voorgelegd.²³ Vervolgens moest op schoolniveau (per brinnummer) de invulling nader worden bepaald, met instemming van de PMR én van de meerderheid van het personeel van de betreffende school.²⁴ Dat laatste, de dubbele medezeggenschap, plaatst de P(G)MR soms in de lastige positie dat ze een overeenstemming met de werkgever heeft bereikt, die om uiteenlopende redenen niet door de meerderheid van het personeel wordt overgenomen. Qua beleidsvorming is zoiets natuurlijk een monstrum. Tot zover zou dit nog geen al te grote problemen opleveren, ware het niet dat dezelfde cao in dit kader ook nieuwe bepalingen bevatte over duurzame inzetbaarheid²⁵ en een veertigurige werkweek en – in principe – gelijke werkdagen van acht uren.²⁶ Bestuurders en P(G)MR'en wilden deze zaken terecht graag in samenhang behandelen.

Aangezien de meeste basisscholen voor wat de lestijden betreft een ritme hebben van vier dagen eendere schooltijden, en op woensdag een afwijkende tijd was de organisatie van vijf gelijke werkdagen voor het (onderwijzend) personeel al lastig in te passen. Een significant deel van de scholen is dan ook mede op grond van de nieuwe cao – soms *volens nolens* – overgestapt op een vijf-gelijke-dagen model voor de schooltijden: vijf identieke schooltijden, geen vrije middagen, korte middagpauze op school, eindtijd vaak om 14:00 of 14:30 uur. In het schooljaar 2015-2016 gebruikte nog 9 % van de scholen dit model, en het schooljaar daarop was het 16 %.²⁷ Als reden om over te stappen werd officieel in veel gevallen genoemd dat het model meer structuur en duidelijkheid zou bieden voor de leerlingen²⁸, maar als die structuur en duidelijkheid zo hoog genoteerd zouden staan had men al veel eerder over kunnen stappen. Uit mijn gesprekken met bestuurders, directeurs en leden van medezeggenschapsorganen is de cao toch wel een belangrijke katalysator geweest, en een belangrijk argument in de richting van ouders die moeite hadden met de overstap. In het laatste zat namelijk een belangrijk deel van de spanning, zoals ik die heb waargenomen. Vaststelling of wijziging van de schooltijden is namelijk onderwerp van instemming voor de oudergeleding in de MR.²⁹ Bovendien moet over dit onderwerp een ouderraadpleging worden gehouden.³⁰ Voeg daarbij dat er uit wijziging van de schooltijden niet zelden (financiële) consequenties voortvloeien voor de tussenschoolse opvang, waarover de

²³ Dat lijkt mij in strijd met LCG WMS 19 mei 2010, 104485. Wanneer het bevoegd gezag bij het nemen van een beslissing die aan medezeggenschap is onderworpen (enige) beleidsruimte heeft, dient het voorgenomen besluit te worden voorgelegd. Zie ook *Kamerstukken II 1996/97*, 24615, nr. 28, pag. 35.

²⁴ Bij dit soort bepalingen, die een dubbele medezeggenschap bewerkstelligen, en die ook voorkomen in de cao voor het voortgezet onderwijs (artikel 8.1 lid 5 CAO-VO 2016-2017) vraag ik me altijd af hoe serieus de cao-partners de vertegenwoordigende rol van de P(G)MR nemen.

²⁵ Hoofdstuk 8A.

²⁶ Artikel 2A.3 lid 1 CAO-PO 2015-2016 bevat het uitgangspunt dat een werkweek 40 uren heeft. Uit de (nieuwe) bepalingen omtrent de betrekkingsomvang in artikel 2A.3 lid 4 leidde de werkgever dikwijls af dat een werkdag niet meer dan acht uren mocht bedragen.

²⁷ L. van der Wout en V. van Grinsven, *Rapportage Nieuwe schooltijden in het basisonderwijs*, Utrecht: DUO Onderwijsonderzoek 2016, p. 4-5.

²⁸ Van der Wout & Van Grinsven 2016, p. 10.

²⁹ Artikel 13 lid 1 onder h Wms.

³⁰ Artikel 15 lid 3 Wms. Wie de raadpleging organiseert, in welk stadium van de beleidsontwikkeling die zou moeten plaatsvinden en welk gewicht de uitkomst er van in de schaal legt laat de wetgever in het midden.

oudergeleding van de MR ook een instemmingsbevoegdheid heeft³¹ en het zal duidelijk zijn dat wat cao-partners in de cao geregeld hebben grote consequenties heeft voor de hele schoolgemeenschap. Aangezien in een basisschool echter sprake is van ongedeelde medezeggenschap – vertegenwoordigers van het personeel en vertegenwoordigers van de ouders en leerlingen maken deel uit van één orgaan – lijkt het wat te simpel, te ondoordacht, om in de cao alleen de personeelsgeleding van de (G)MR te betrekken bij de regeling op bestuurs- of op schoolniveau. Op zich is dat verklaarbaar, omdat vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers in een cao natuurlijk geen zaken kunnen regelen buiten de scope van de arbeidsvoorwaarden, maar in de praktijk bleek deze regeling grote problemen op te leveren, die de schoolgemeenschap hier en daar al jaren onder druk zet. En dat ligt niet alleen aan bijvoorbeeld een wat onhandig opererende bestuurder. Overigens verdwijnt het hierboven beschreven model per 1 augustus 2019.³²

In het voortgezet onderwijs liggen de verhoudingen dikwijls anders. Terwijl het in het basisonderwijs vaak moeite kost om de zetels van de personeelsgeleding in een (G)MR vervuld te krijgen³³, en de oudergeleding snel bezet is, zien we dat in het voortgezet onderwijs dat juist de ouder- en leerlingengeleding lastiger te vullen zijn dan de personeelsgeleding.³⁴ Dit verschijnsel brengt met zich dat in het voortgezet onderwijs er bij de PMR dikwijls al tijdig wordt meegedacht over de onderwerpen van de cao waarin de PMR een rol speelt. Niettemin hebben de PMR'en er een hele dobber aan gehad hun rol bij de invoering van de functiemix in de jaren 2008-2014 netjes in te vullen.

De functiemix vloeide voort uit het Convenant LeerKracht uit 2008, waarin de aanbevelingen van het Rapport LeerKracht van de Commissie Rinnooy Kan werden omgezet in beleid.³⁵ Dit bracht voor het voortgezet onderwijs met zich dat de aantallen LB-, LC- en LD-docenten binnen een school in een bepaalde voorgeschreven maar lastig te berekenen getalsmatige verhouding moesten voorkomen.

Het was een erg ingewikkelde materie. Er kon (en moest) veel gegoocheld worden met getallen, soms was het handig een LC- of een LD-docent teamleider te maken, en soms juist weer niet, het kort daarop ingevoerde entreerecht³⁶ bruuskeerde de mooi uitgedachte berekeningen, en er moesten nieuwe functiebeschrijvingen³⁷ voor docenten worden ingevoerd, waardoor de verdeling

³¹ Artikel 13 lid 1 onder f Wms; zie ook LCG WMS 28 september 2010, 104610.

³² Artikel 2.1. j° Bijlage XXI CAO-PO 2018-2019.

³³ Navraag naar de reden waarom een bepaald personeelslid zich beschikbaar heeft gesteld voor het werk in de medezeggenschap levert meer dan eens een antwoord op in de trant van 'Iemand moet het toch doen', of 'Ik was aan de beurt'.

³⁴ Mijn vermoeden is dat dit verschijnsel samenhangt met het feit dat in het voortgezet onderwijs een groter aantal van de medewerkers kostwinner is, en uit dien hoofde meer dan de vele medewerkers binnen het basisonderwijs zijn geïnteresseerd in hun rechtspositie. Omgekeerd zijn de ouders in het basisonderwijs over het algemeen meer bij de school betrokken dan de ouders in het voortgezet onderwijs, die soms door hun kinderen – pubers! – nadrukkelijk op een afstand worden gehouden.

³⁵ *Leerkracht. Advies van de Commissie Leraren*, september 2007; *Convenant Actieplan Leerkracht van Nederland*, 16 april 2008. Het gaat hier om par. 2.2.2 onder A en onder D van het convenant. Een en ander werd uitgewerkt in hoofdstuk 11 en Bijlage 15 van de CAO-VO 2008-2010.

³⁶ Artikel 5.2 CAO-VO 2008-2010.

³⁷ Artikel 11.5 CAO-VO 2008-2010.

ook FUWA-technisch gerechtvaardigd kon worden.³⁸ Van de PMR werd verwacht dat zij de invoering monitorde, omdat de werkgever regelmatig verslag aan haar moest doen van de vorderingen. Sterker: de werkgever moest ‘verantwoording afleggen’ aan de PMR over de bereikte resultaten.³⁹ De term ‘verantwoording’ impliceert dat het orgaan waaraan verantwoording wordt afgelegd kan afdwingen dat de gegevens verstrekt worden en de opdracht kan geven bij te sturen wanneer de resultaten van het beleid niet naar genoegen zijn. De bevoegdheden om informatie in te winnen zijn voor een MR beperkt. De MR heeft geen recht op alle mogelijke informatie, bijvoorbeeld om dat die te zeer tot de persoon herleidbaar zou zijn⁴⁰ en kan daarbij geen ‘dwangmiddelen inzetten, zoals die aan overheidsorganen zijn voorbehouden (het betreden van plaatsen, het vorderen van inzage en het kopiëren van zakelijke gegevens en bescheiden e.d.).⁴¹ Met deze cao-bepaling manoeuvreerden de cao-partijen de PMR dus in een bijna onmogelijke positie, omdat eventuele voorstellen die een PMR zou kunnen doen om het beleid met betrekking tot de functiemix bij te sturen, te intensiveren of iets dergelijks uitsluitend kunnen berusten op het initiatiefrecht, zoals dat in artikel 6 lid 2 Wms is geformuleerd. Wanneer het bevoegd gezag/de werkgever weliswaar op deze voorstellen binnen drie maanden schriftelijk en met redenen omkleed reageert, maar ze niet overneemt staat voor de PMR geen rechtsgang open.⁴² Bovendien is het in strijd met de geest van wat medezeggenschap moet zijn. Ter illustratie van dat laatste: in de WOR 1950 was een beperkt aantal onderwerpen opgenomen, die de OR mocht ‘behandelen’, of waarover ‘overleg gepleegd mocht worden’, of waarop hij ‘toezicht moest houden’. Dat klinkt allemaal erg voorzichtig, en zo was het ook bedoeld. Niet voor niets was in artikel 4 lid 1 gemeld dat de OR een aantal taken had, met de uitdrukkelijke toevoeging: ‘zulks onder erkenning van de zelfstandige functie van de ondernemer’. De uitdrukking ‘houdt toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften enz.’ werd in de WOR 1971 vervangen door ‘bevordert zoveel als in zijn vermogen ligt (.).’. De raad is immers geen politie-agent, noch vervult hij de taak van de Arbeidsinspectie, aldus de memorie van toelichting.⁴³

5. Representativiteit en collectieve belangenbehartiging

Naast de spanning die de inhoud van cao’s binnen de scholen teweeg kan brengen is er ook een zekere spanning waar te nemen tussen de beide soorten van collectieve belangenbehartiging van enerzijds werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers aan de cao-tafel, en anderzijds (de vertegenwoordiger van) de individuele werkgever en de P(G)MR in het overleg binnen de school of de groep van scholen. Kort gezegd komt het er op neer dat aan de cao-tafel de representativiteit getalsmatig van mindere kwaliteit is omdat niet iedereen is aangesloten bij een werkgevers- of werknemersorganisatie, maar de inhoudelijke en procedurele kwaliteit van het overleg zal juist groter zijn vanwege de professionaliteit van de onderhandelaars. In de besprekingen tussen P(G)MR en bevoegd gezag is de representatie 100 %, maar is het risico altijd aanwezig dat de

³⁸ Of dat gelukt is kan ernstig betwijfeld worden. Vanuit FUWASYS is het onmogelijk om een docent in schaal 12 (=LD) te krijgen zonder dat hij ook een flinke dosis schoolbrede coördinatie, innovatie en beleidsontwikkeling in zijn pakket krijgt. Zie ook K. Jansen, ‘Het einde van FUWA’, *Verus Magazine*, juni 2016, p. 21.

³⁹ Artikel 11.4 CAO-VO 2008-2010.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 8 lid 2 onder f en g j° artikel 8 lid 5 Wms.

⁴¹ Zie Van Drongelen 2012, p. 349-353.

⁴² LCG WMS 30 juni 2010, 104504, en 21 augustus 2013, 105863.

⁴³ *Kamerstukken II* 1969/70, 10 335 nr. 3, p. 24.

onderhandelingsvaardigheden te zeer afhangen van degenen die toevallig het bevoegd gezag vertegenwoordigen c.q. deel uitmaken van de P(G)MR. Hieronder licht ik deze stelling toe.

De Duitse sociologen Schmitter en Streeck hebben in de jaren '80 en '90 onderzoek gedaan naar het feitelijk functioneren van maatschappelijke organisaties, zoals politieke partijen en vakbonden, en de manier waarop zij hun doelstellingen bereiken. Volgens Schmitter en Streeck is het de combinatie van in elk geval twee factoren die er voor zorgt dat een maatschappelijke organisatie werkelijke invloed kan uitoefenen: de representatieve kracht (*logic of membership*) én de mate van erkenning van de door de organisatie voorgestane belangen (*logic of influence*).⁴⁴

De *logic of membership* is bij de MR van nature aanwezig doordat de MR *alle* leden van het personeel, c.q. *alle* ouders en leerlingen vertegenwoordigt. Wel kan die machtsfactor aan belang winnen als er verkiezingen geweest zijn en er een democratische legitimatie voor de zittende MR-leden aanwezig is. Die is na verkiezingen altijd sterker dan wanneer de MR-leden door coöptatie of door gebrek aan tegenkandidaten hun zetel konden bezetten. Bij vakbonden en werkgeversverenigingen is in mindere mate sprake van een *logic of membership*.

De redelijkheid van de voorstellen van de MR en de in de onderhandelingen tentoongespreide deskundigheid bepalen de *logic of influence*. Redelijke voorstellen zijn nu eenmaal beter te verdedigen. Deskundigheid wordt nu eenmaal door het bevoegd gezag gewaardeerd (mits die niet overkomt als betweterigheid!). De deskundigheid en de onderhandelingsvaardigheden mogen aan de cao-tafel echter als vanzelfsprekend worden verondersteld.

Het is zaak voor onderhandelaars, zowel bij de cao als in de medezeggenschap, deze bronnen van macht in het oog te houden en te streven naar evenwicht. Te veel luisteren naar de achterban doet de macht op basis van betrokkenheid van de achterban toenemen, maar kan er toe leiden dat men zich laat gijzelen door de optelsom van individuele belangen, waardoor de macht op basis van invloed afneemt. Omgekeerd zal te veel luisteren naar de andere partij wellicht sneller leiden tot een onderhandelingsresultaat, maar is de kans dat dat resultaat voor de achterban bevredigend is kleiner, en daardoor brokkelt bij een volgende ronde de *logic of membership* af.

Dat is de theorie. Dan even wat cijfers. Van de PO-raad, aan de cao-tafel de werkgeversvertegenwoordiger, was ultimo 2016 80 % van de besturen in het primair onderwijs lid. Zij vertegenwoordigen 96 % van de scholen en 98 % van de leerlingen.⁴⁵ Binnen het primair onderwijs zijn ongeveer 165.000 mensen werkzaam.⁴⁶

Het jaarverslag over 2017 van de VO-raad meldt dat van de 338 besturen in het voortgezet onderwijs er 315 lid zijn. Dat is 93,2 %. Zij vertegenwoordigen 99 % van het aantal leerlingen.⁴⁷ Over de aantallen scholen en medewerkers in het voortgezet onderwijs bestaat geen geringe verwarring. De VO-raad meldt op de website dat er niet minder dan 1.427 scholen zijn, waar 120.000 mensen

⁴⁴ Ph.C. Schmitter en W. Streeck, *The Organization of Business Interests. Studying the Associative Action of Business in Advanced Industrial Societies*. Köln: Max Planck-Institut für Gesellschaftsforschung 1999. Zie met name voor ondernemingsraden ook S. Sapulete, *Works council effectiveness: Determinants and outcomes* (diss. Groningen) 2013, p. 124 e.v..

⁴⁵ *Jaarverslag PO-raad 2016*, p. 13.

⁴⁶ *Introductiedossier Ministerie van OCW 2017*, p. 8.

⁴⁷ *Jaarverslag VO-raad 2017*, p. 5.

werken, waaronder 97.239 docenten.⁴⁸ Minister Slob heeft bij zijn aantreden te horen gekregen dat er ongeveer 640 VO-scholen zijn waar zo'n 85.000 mensen werken.⁴⁹

De belangrijkste vakbonden binnen het onderwijs zijn AOb en CNV Onderwijs. Volgens hun eigen websites hebben zij respectievelijk 85.000 en 52.000 leden.⁵⁰ De nieuwkomer PO in actie claimt 44.000 leerkrachten te vertegenwoordigen.⁵¹ Het is niet goed mogelijk om hier percentages van te maken omdat de vakbonden niet melden hoe de ledenaantallen over de diverse onderwijssectoren zijn verdeeld. Wel is bekend dat de vakbonden van alle bedrijfstakken ongeveer 19 % van de beroepsbevolking tussen 15 en 75 jaar representeren.⁵² Enkele jaren geleden was dit een hoger percentage, ongeveer 23 %, terwijl het in de jaren van wederopbouw na de Tweede Wereldoorlog wel op ongeveer 40 % lag.⁵³

Overigens doet zich breed in de samenleving met betrekking tot de vakbonden het merkwaardige verschijnsel voor dat ook niet-leden in overgrote meerderheid de vakbonden zien als een soort algemeen goed waaraan zij niet hoeven mee te betalen. Zij vinden dat vakbonden er – voor wat de collectieve belangenbehartiging betreft – ook zijn voor niet-leden.⁵⁴ De vakbonden zelf kunnen daar anders in staan en regelden in het verleden soms – inmiddels omstreden – voordeeltjes voor georganiseerde werknemers.⁵⁵

Degenen die namens werkgevers en werknemers de onderhandelingen voeren zijn niet zelden beroepsonderhandelaars. Binding met 'de werkvloer' is geen noodzakelijk vereiste om aan de onderhandelingstafel aan te schuiven. Wel hebben zowel vakbonden als PO- en VO-raad klankbordgroepen die feedback geven op de tussenresultaten van de onderhandelingen, maar in de realiteit is een cao van nature een soort package-deal, met voor beide partijen gunstige en minder gunstige afspraken.

De medezeggenschapsorganen binnen de (groepen) scholen daarentegen vertegenwoordigen per definitie alle personeelsleden, ouders en leerlingen.⁵⁶ De leden van de P(G)MR die spreken met het bevoegd gezag over de arbeidsvoorwaarden staan zelf met hun voeten in de klei, en weten heel goed de praktische consequenties te benoemen van wat door het bevoegd gezag wordt voorgesteld. Bovendien is het bevoegd gezag verplicht die voorstellen ter informatie aan de andere geleding(en) van de (G)MR toe te zenden, die zich ook daarover kan (kunnen) uitspreken⁵⁷, soms vanuit een professionele deskundigheid van buiten de school. Van de oudergeleding kan bijvoorbeeld iemand deel uitmaken die in het dagelijks leven hoofd P&O of financiën is, of jurist, en

⁴⁸ <https://www.vo-raad.nl/feiten-en-cijfers>, geraadpleegd op 30 juli 2018. Het is niet uitgesloten dat de VO-raad uitgaat van het aantal vestigingen, en niet van het aantal brinnummers. Dat verklaart overigens niet het grote verschil met betrekking tot het aantal werkzame personen binnen het voortgezet onderwijs.

⁴⁹ *Introductiedossier Ministerie van OCW 2017*, p. 8.

⁵⁰ <https://www.aob.nl/nieuws/de-aob-groeit-fors/>; <https://onderwijs.cnvconnectief.nl/lidmaatschap/over-cnv-onderwijs/wie-wij-zijn/>, alle geraadpleegd op 30 juli 2018.

⁵¹ <https://www.poinactie.nl/manifest/>, geraadpleegd op 30 juli 2018.

⁵² <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/25/bijna-een-op-de-vijf-werknemers-lid-van-een-vakbond>, bericht van 23 juni 2018, geraadpleegd op 30 juli 2018.

⁵³ Van Drongelen 2012, p. 96-103.

⁵⁴ Van Drongelen 2012, p. 97.

⁵⁵ Van Drongelen 2012, p. 89-90.

⁵⁶ Artikel 3 lid 2 Wms.

⁵⁷ Artikel 8 lid 6 en artikel 6 lid 2 Wms

uit dien hoofde aan de P(G)MR voorgelegde en aan de oudergeleding ter kennisneming toegezonden voorstellen van het bevoegd gezag met kennis van zaken kan beoordelen. De kwaliteit van het overleg is echter, meer dan bij de cao-besprekingen, afhankelijk van degenen die ‘toevallig’ in de PMR zitten. Het zal niemand verbazen dat die zeer wisselend is. Bovendien kan de wetenschap dat de partijen elkaar morgen weer in de koffiekamer ontmoeten er toe leiden dat men van beide zijden terughoudend is en voor een irenische opstelling kiest.

6. Bevindingen

Uit het hiervoor beschreven is wel een aantal conclusies te trekken. In de eerste plaats is het niet onlogisch dat de arbeidsvoorwaarden deels in de cao en deels op school- of bestuursniveau geregeld worden. De wet verzet zich daar niet tegen, en op die manier kan er maatwerk geleverd worden, met als uitgangspunt een stevig verankerde rechtspositie zoals die in de cao zelf is vastgelegd.

Wel – en dat is het tweede – moeten cao-partijen zich realiseren dat sommige onderwerpen te complex kunnen zijn voor behandeling in een P(G)MR, bijvoorbeeld door het feit dat een bepaalde regeling voor het personeel ingrijpende consequenties heeft of kan hebben voor de gehele schoolgemeenschap, of doordat er veel onnavolgbaar cijferwerk aan te pas komt, of doordat andere cao-bepalingen een goede uitvoering van wat in handen van de P(G)MR is gelegd onuitvoerbaar maken.

In de derde plaats kunnen we constateren dat er een verschil is in de aard van de representativiteit van enerzijds cao-partijen en anderzijds de P(G)MR'en. Cao-partijen vertegenwoordigen per definitie een deel van de achterban – bij de werkgevers aanmerkelijk groter dan bij de werknemers – terwijl de medezeggenschapsorganen per definitie de gehele achterban vertegenwoordigen. Daar staat tegenover dat bij de totstandkoming van cao's gewerkt wordt door professionele onderhandelaars, terwijl de deskundigheid van de P(G)MR'en zeer uiteenloopt.

Dit alles overziend pleit ik er voor om in de situatie zoals die is niet veel wijzigingen aan te brengen. Wel zou ik de cao-onderhandelaars met klem willen verzoeken een aantal zaken voor zover ze de relatie met de medezeggenschap betreffen in acht te nemen:

1. Vermijd het monstium van de dubbele medezeggenschap, zoals dat nu het geval is bij de vaststelling of wijziging van het taakbeleid in het primair en voortgezet onderwijs.
2. In samenhang daarmee: plaats de P(G)MR niet in een positie waarvoor ze niet de 'power' heeft, maar bedenk bij het toekennen van bevoegdheden aan de P(G)MR of de gemiddelde P(G)MR die (controleerende) bevoegdheden kan waarmaken, gelet op de aard van medezeggenschap als zodanig, de complexiteit van het onderwerp of de relatie met andere belanghebbenden in en om de school.
3. Richt naast de reeds bestaande klankbordgroepen ook een klankbordgroep in vanuit de medezeggenschap dan wel van specialisten op dit terrein, voor toetsing van die onderwerpen die op het bordje van de P(G)MR worden gelegd. De opdracht van die klankbordgroep betreft onderzoek naar en commentaar op de samenhang van de cao-voorstellen met de bevoegdheden van artikel 12 Wms, en de mogelijke gevolgen van cao-afspraken voor andere belanghebbenden en hun door de wetgever toegekende bevoegdheden, i.c. ouders en leerlingen.

De CAO PO en het beroep leraar

Marianne van Es¹

1. Inleiding

Het valt moeilijk te ontkennen dat de arbeidsvoorwaarden in het primair onderwijs (po) de gemoederen in het schooljaar 2017-2018 hoog hebben doen oplopen. Minder zichtbaar hierbij is gebleven dat cao-partijen de strijd voor betere arbeidsvoorwaarden nadrukkelijk voeren vanuit hun visie dat werknemers, waaronder de leraren, in het po professionals zijn en dat de arbeidsvoorwaarden hiermee in overeenstemming moeten worden gebracht. Zij hebben hierover met elkaar afspraken gemaakt in de CAO PO.

Niet alleen de arbeidsvoorwaarden in het po zijn onderwerp van strijd geweest. Er is ook veel commotie ontstaan over het wettelijk verplichte lerarenregister en de rol van de beroepsgroep in onder meer het po. Hierbij is niet duidelijk naar voren gekomen dat in de Wet lerarenregister en registervoorportaal² niet alleen de verplichting tot een lerarenregister (en registervoorportaal) is vastgelegd, maar dat in deze wet ook staan: een beschrijving van het beroep leraar en de ruimte die de leraar en zijn beroepsgroep hebben voor het uitoefenen van het beroep leraar respectievelijk het bieden van een kader hiervoor. Dat de beroepsgroep van leraren in de sectorwetten al sinds de invoering van de Wet beroepen in het onderwijs (Wet BIO)³ een belangrijke rol heeft bij het opstellen en het elke zes jaar herijken van de eisen waaraan iemand in onder andere het po moet voldoen om leraar te worden, lijkt ook op de achtergrond geraakt.

In paragraaf 2 worden de ontwikkelingen in het po besproken op het gebied van de CAO PO en in paragraaf 3 de ontwikkelingen van het beroep van leraar. De bespreking van deze ontwikkelingen wordt toegespitst op het onderwerp ‘functiebouwwerk en de inschaling van de leraar’ en het onderwerp ‘werkverdelingsbeleid’. De cao-partijen hebben namelijk bij deze twee onderwerpen nadrukkelijk een verbinding gelegd tussen het beroep leraar en de cao. Na de bespreking van de ontwikkelingen kan een oordeel worden gevormd of er spanning ontstaat tussen enerzijds wat cao-partijen in de CAO PO hebben vastgelegd in het kader van het beroep leraar en anderzijds wat de wetgever en de beroepsgroep over het beroep leraar hebben vastgelegd en nog (moeten) ontwikkelen. Hierover gaat paragraaf 4. Vervolgens ga ik in paragraaf 5 in op de vraag wat deze eventuele spanning betekent voor de arbeidsvoorwaardenvorming in het primair onderwijs.

In deze bijdrage beperk ik me tot het po. De reden hiervoor is dat voor het eerst in het onderwijs cao-partijen zo duidelijk de werknemers als professional markeren en daar de arbeidsvoorwaarden bij willen laten aansluiten.

¹ Mr. M. van Es is werkzaam bij de Algemene Onderwijsbond (AOB).

² Stb. 2017, 85.

³ Stb. 2004, 344.

2. Ontwikkeling van de arbeidsvoorwaarden in het primair onderwijs

De werknemer als professional?

Uit de tekst van het Onderhandelaarsakkoord CAO PO 2018⁴ blijkt dat cao partijen gemeenschappelijk ten strijde trekken voor betere arbeidsvoorwaarden in het po⁵. Maar tegelijkertijd moeten deze partijen ook met elkaar als werkgeversorganisatie enerzijds en vakbonden anderzijds een cao voor het po afsluiten. Het onderhandelaarsakkoord is het resultaat van de onderhandelingen van deze partijen over een nieuwe cao. Met dit akkoord willen de cao partijen een bijdrage leveren aan de verbetering van de beloning van de leraar en de aantrekkelijkheid van het beroep. Zij hebben in dit kader afspraken gemaakt over het functiebouwwerk en de inschaling van de leraar en over het werkverdelingsbeleid. Zij motiveren de noodzaak tot het maken van deze afspraken door de werknemers in het po als professionals te kwalificeren: “Daarbij is duidelijk dat de medewerkers in het po meer professionele ruimte en meer zeggenschap vragen”.⁶ Het onderhandelaarsakkoord is inmiddels omgezet in de CAO PO 2018-2019.⁷

Werkverdelingsbeleid in de CAO PO

In het onderhandelaarsakkoord 2018 staat dat het team een bepalende rol krijgt bij de werkverdeling. Dit is vastgelegd in de CAO PO⁸ in een nieuw werkverdelingsbeleid dat vanaf 1 augustus 2019 geldt. Op hoofdlijnen houdt dit het volgende in. Voor de invoering van het werkverdelingsplan is voldoende draagvlak nodig binnen het team. Of hiervan sprake is, stelt het team zelf vast. Het team gaat jaarlijks met elkaar in gesprek over de werkzaamheden op school en maakt daar afspraken over. De werkgever maakt op basis van het teamgesprek een schriftelijk concept-werkverdelingsplan. Hij houdt hierbij rekening met competenties, kwaliteiten, belastbaarheid, wensen en mogelijkheden van individuele werknemers en de noodzakelijke tijd voor professionalisering. Hij legt het op schrift gestelde concept-werkverdelingsplan voor aan het team.

De werkgever en de personeelsgeleding van de medezeggenschapsraad (PMR) hebben vervolgens de gelegenheid om vast te stellen of er voldoende draagvlak is voor het concept-werkverdelingsplan. Uiteindelijk legt de werkgever het concept-werkverdelingsplan ter instemming voor aan de PMR.⁹ Voor de inzet van de individuele werknemer is het werkverdelingsplan het uitgangspunt. Het overleg tussen werkgever en de werknemer over zijn inzet is gericht op overeenstemming. Indien geen overeenstemming wordt bereikt en er een onwerkbaar situatie

⁴ Het Onderhandelaarsakkoord CAO PO 2018-2019 is gesloten op 6 juni 2018 door de werkgeversorganisatie PO-Raad enerzijds en de onderwijsbonden AOb, AVS, CNVO, FNV Overheid, FvOv en PO in Actie anderzijds. Zie voor de volledige tekst van dit akkoord onder meer www.poraad.nl.

⁵ Zo begint het onderhandelaarsakkoord op pagina 1 met: “Het primair onderwijs heeft stevig van zich laten horen het afgelopen jaar. De grootste staking in het onderwijs sinds lange tijd was op 5 oktober 2017 een feit. En dat is niet voor niets. De sector vraagt eensgezind om extra middelen om twee belangrijke problemen op te lossen: de salarisachterstand en de werkdruk.”

⁶ Pagina 1 van het akkoord.

⁷ De CAO PO 2018-2019 is op 2 juli 2018 getekend en is als cao aangemeld bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De looptijd is van 1 januari 2018 tot 1 maart 2019. De tekst staat op de verschillende websites van de onderwijsbonden en de PO raad. De tekst is ook te vinden op www.cao.minszw.nl.

⁸ CAO PO Bijlage XXI.

⁹ Artikel 2.2 CAO PO.

ontstaat op school, dan stelt de werkgever de inzet van de werknemer voor het volgend schooljaar vast.¹⁰ Uit de cao tekst valt niet af te leiden wanneer er sprake is van een onwerkbaar situatie.

Het functiebouwwerk en de inschaling van de leraar in de CAO PO

Voor de leraar is een nieuwe functiereeks in het Onderhandelaarsakkoord afgesproken, die is opgenomen in het Handboek FUWA PO en niet in de cao tekst.¹¹ Het is een voorbeeldreeks van drie in zwaarte oplopende functies die op alle leraren in het po betrekking heeft. De nieuwe functiebeschrijvingen voor leraren gelden per 1 september 2018. De oude functies van leraren worden op die dag omgezet in een van de nieuwe functies op de in de CAO PO vastgelegde wijze.¹² Hierna kunnen ook andere leraarsfuncties dan de voorbeeldfuncties worden ontwikkeld.¹³ Een leraarsfunctie kan echter niet lager worden gewaardeerd dan schaal 10.¹⁴ De voorbeeldreeks is gebaseerd op de omschrijving van het beroep leraar in de Wet op het lerarenregister en het registervoorportaal (zie paragraaf 3). Maar de cao-partijen hebben aan de omschrijving van het beroep wel een eigen noot toegevoegd. Deze noot houdt in dat de leraar niet alleen verantwoordelijk is voor het vakinhoudelijke, didactische en pedagogische proces in de school maar ook voor de eigen leerlinggroep. Relevant voor de relatie cao en het beroep leraar is dat in de functiebeschrijving van de voorbeeldfunctie L10 staat dat deze leraar de vakvolwassen leraar is die als eindverantwoordelijke leerkracht de werkzaamheden volledig zelfstandig uitvoert en volledig is belast met de in de context van de functie omschreven verantwoordelijkheden.¹⁵ Onder de werkzaamheden valt dat deze leraar onderwijs moet aanbieden dat bij ieder kind past. Ook werkt deze leraar aan de eigen professionalisering en die van startende leraren en stagiaires en coacht/begeleidt hij minder ervaren collega's.

De CAO PO onderscheidt voor de inschaling in de bij een functie behorende salarisschaal voor de leraar¹⁶ de basisbekwaamheid en de vakbekwaamheid. De basisbekwaamheid moet de leraar hebben bereikt na drie jaar werkzaam te zijn geweest en de vakbekwaamheid na zeven jaar. Is de leraar eerder basisbekwaam of vakbekwaam dan na drie respectievelijk zeven jaar dan wordt hij binnen de functieschaal waarin hij is benoemd, hoger ingeschaald.¹⁷ In Bijlage XVII CAO PO staan de begrippen basisbekwaam en vakbekwaam uitgewerkt. Het verschil tussen de leraar die vakbekwaam is en de leraar die basisbekwaam is, is kort gezegd dat de vakbekwame leraar elke leerling die aandacht en begeleiding kan geven die past bij die leerling.¹⁸ Wat het verschil is tussen de leraar die nog niet basisbekwaam is en de leraar die wel basisbekwaam is, staat niet beschreven

¹⁰ Artikel 2.3 CAO PO.

¹¹ De Functiereeks Leraren primair onderwijs L10, L11 en L12 staat in bijlage 2 van het onderhandelaarsakkoord. De functies in deze reeks zijn als voorbeeldfuncties opgenomen in het Handboek FUWA PO (artikel 5.1.4 CAO PO).

¹² Artikel 5.1.4.a., b. en c.

¹³ Artikel 5.1.1, 3 en 4.

¹⁴ Artikel 5.8 lid 5 bepaalt dat de werkgever functies kan ontwikkelen die afwijken van de voorbeeldfuncties. Artikel 5.8 lid 7 bepaalt dat functies waarvoor een wettelijke bevoegdheid tot het geven van schoolonderwijs nodig is, zoals vastgelegd in de WPO en WEC, minimaal op L10-niveau moeten worden gewaardeerd.

¹⁵ Dit zijn de verantwoordelijkheden zoals vastgelegd in de omschrijving van het beroep leraar in de Wet op het Lerarenregister en registervoorportaal aangevuld met de noot van cao partijen.

¹⁶ In artikel 6.1.3 CAO PO wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende leraarsfuncties voor wat betreft basisbekwaamheid en de vakbekwaamheid.

¹⁷ Artikel 6.1.3 en 4.

¹⁸ CAO PO Bijlage XVII p. 326 en 327.

in de CAO PO. Of een leraar voldoet aan basisbekwaamheid dan wel vakbekwaamheid beoordeelt de werkgever.

3. Ontwikkeling van het beroep leraar

Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel

Vanaf 1 augustus 2017 is het Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel gewijzigd in verband met de herijking van de bekwaamheidseisen van leraren en docenten.¹⁹ Het wijzigingsbesluit²⁰ regelt de herijking van de bekwaamheidseisen waaraan leraren en docenten moeten voldoen om werkzaam te kunnen zijn in het onderwijs dat is geregeld in de Wet op het primair onderwijs (WPO), de Wet op de expertisecentra (WEC), de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO) en de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB). Deze bekwaamheidseisen zijn brede minimumeisen, die worden gebruikt als ijkpunten voor opleiding en bekwaamheidsonderhoud van leraren. Dat houdt in dat elke leraar, of hij nu net begint te werken na zijn opleiding of al twintig jaar als leraar werkt op een school, ten minste aan deze eisen moet voldoen. Deze sectorwetten schrijven voor dat de minister eens in de 6 jaar de bekwaamheidseisen bekrachtigt, of wijzigt.²¹ Dat is nu voor de eerste keer gebeurd.

Door het wijzigingsbesluit zijn de bekwaamheidseisen inhoudelijk gewijzigd. Er zijn drie bekwaamheden voor alle leraren in po, vo en mbo. Deze zijn vakinhoudelijk, vakdidactisch en pedagogisch. De bekwaamheden zijn vervolgens onderscheiden in kennis en kunde.²² Aanvullend aan de eisen voor elke leraar zijn binnen de drie bekwaamheden ook aparte aanvullende eisen gesteld voor leraren po, vo en mbo. Voor de leraar po is bijvoorbeeld een aanvullende *vakinhoudelijke* bekwaamheid vastgesteld die inhoudt dat de leraar po zijn onderwijs kan afstemmen op de verschillen tussen leerlingen. Voor alle leraren in po, vo en mbo geldt dat als het aankomt op de *vakdidactische* bekwaamheid de leraar moet kunnen differentiëren naar niveau en kenmerken van zijn leerlingen.²³

Wet lerarenregister en registervoorportaal

Op 1 augustus 2017 is de wet Lerarenregister en registervoorportaal in werking getreden. Deze wet wijzigt onder andere de WPO en de WEC. Met deze wet krijgen leraren in onder meer het po en speciaal onderwijs (so) en voortgezet speciaal onderwijs (vso) enerzijds erkenning van hun professionele ruimte en leggen zij anderzijds via het register verantwoording af over het onderhoud van hun bekwaamheid.²⁴ Om met dat laatste te beginnen: de artikelen in de wet over het lerarenregister zouden fasegewijs in werking treden. Echter op 11 juni 2018 heeft minister Slob de Tweede Kamer geïnformeerd²⁵ dat met het wettelijk verplicht stellen van het register pas op de

¹⁹ Stb. 2017, 308.

²⁰ Stb. 2017, 148.

²¹ Memorie van Toelichting, p. 17.

²² Artikel 2.2.

²³ Artikel 2.9 c. en d en artikel 2.11.b.5e.

²⁴ Zie over deze wet: F.H.J.G. Brekelmans & M. van Es, 'Wetsvoorstel lerarenregister en registervoorportaal', *School en Wet* 2016 (september), p. 5-10; 'Lerarenregister en registervoorportaal', *School en Wet* 2016 (oktober), p. 5-8; 'De professionele standaard in het onderwijs: enkele kanttekeningen', *School en Wet* 2017 (juni), p. 5-12; 'Professioneel statuut' *School en Wet* 2017 (december) p. 5-11; P.W.A. Huisman e.a. (red.), *Basisboek Onderwijsrecht*, Den Haag 2017, p. 81.

²⁵ *Kamerstukken II* 2017/18, 27 923, 308, p. 2.

plaats wordt gemaakt. Voordat het wettelijk register verplicht wordt, moet eerst zijn voldaan aan de randvoorwaarden dat de wet gedragen wordt door leraren zelf en dat de wet in de context van de school vorm krijgt. De minister vindt dat aan beide randvoorwaarden op dit moment niet wordt voldaan. Pas als deze twee randvoorwaarden wel op orde zijn, gaat de implementatie van het register verder. De artikelen waarin de professionele ruimte van de leraar wordt erkend, blijven onverkort van toepassing.

De omschrijving van het beroep leraar en de professionele ruimte van de leraar liggen vast in artikel 31a WPO en artikel 31a WEC. Dat is niet veranderd door het uitstellen van het verplicht worden van het wettelijk register. Dat betekent allereerst dat onder het beroep van leraar wordt verstaan het verantwoordelijkheid dragen - binnen de kaders van het onderwijskundige beleid van de school - voor het vakinhoudelijke, vakdidactische en pedagogische proces in de school en het hebben van een zelfstandige verantwoordelijkheid als het gaat om het beoordelen van de onderwijsprestaties van de leerlingen. Maar het betekent ook dat het bevoegd gezag voor uiterlijk 1 augustus 2018 in overleg met de leraren een professioneel statuut moet hebben vastgelegd waarin de professionele ruimte van de leraar wordt georganiseerd. Het professioneel statuut is nodig omdat in de wet de omschrijving van het beroep leraar is vastgelegd en ook is vastgelegd dat de leraar voldoende professionele ruimte moet hebben om zijn werk goed uit te kunnen voeren. De wetgever maakt hierbij wel met de omschrijving van het beroep leraar de verantwoordelijkheid van de leraar duidelijk. Hij bakent ook het beroep van de leraar af ten opzichte van andere beroepen binnen het onderwijs. En geeft ook aan dat de leraar professionele ruimte moet hebben om zijn verantwoordelijkheid waar te kunnen maken, maar wat voldoende professionele ruimte precies inhoudt, vertelt de wetgever niet. Dit moet dus nog ergens worden vastgelegd en dat is in het professioneel statuut. De wetgever heeft hiervoor gekozen omdat de professionele ruimte van de leraar binnen de kaders van het onderwijskundig beleid moet plaatsvinden. Er kan natuurlijk spanning ontstaan tussen het onderwijskundig beleid en de noodzakelijke professionele ruimte voor de leraar om zijn werk goed te doen. Er zullen daarom in het professioneel statuut tussen het bevoegd gezag en de leraren afspraken moeten worden gemaakt om deze spanning zo op te lossen dat de leraren voldoende professionele ruimte hebben om hun werk te doen. Het spreekt voor zich dat het professioneel statuut ook de mogelijkheid biedt aan de schoolleiding om sturing te geven aan de school.

Hoewel er veel ruimte is om het professioneel statuut op te stellen zoals het bevoegd gezag en de leraren dit wensen, moet bij het opstellen in elk geval de professionele standaard in acht worden genomen. Wat onder de professionele standaard wordt verstaan, vult de wetgever niet in. In het algemeen wordt onder de professionele standaard verstaan het geheel aan regels dat de professionele beroepsgroep, in dit geval de beroepsgroep van leraren, zichzelf stelt. De beroepsgroep stelt die regels niet zomaar vast. Zij doet dit omdat de leraar zelf moet kunnen afwegen hoe hij moeten handelen en de regels van de beroepsgroep hem daar een houvast bij bieden. Maar het is dus de beroepsgroep die door middel van deze regels het handelen van de leraar als professionele beroepsbeoefenaar stuurt en niet het bevoegd gezag (lees: werkgever). De wetgever heeft vastgelegd dat de regels van de beroepsgroep van leraren die deel uitmaken van de professionele standaard niet alleen voor de leraar normerend zijn, maar ook voor het bevoegd gezag (de werkgever). Dat houdt in dat de werkgever niet mag verbieden dat de leraar volgens de standaard handelt. De werkgever mag dus zijn instructierecht, dat hij als werkgever heeft, niet gebruiken om de leraar op te dragen tegen de standaard in te handelen.

De wetgever heeft de beroepsgroep²⁶ in de Memorie van Toelichting opgedragen in de professionele standaard een uitwerking te geven aan het professioneel beginsel van samenwerking in teamverband. Het gaat hierbij om de inhoud van het werk en niet de werkverdeling. Het is immers duidelijk dat de leraar zelf afwegingen moet maken bij het uitoefenen van zijn beroep, maar het is ook duidelijk dat hij in een teamverband werkt en dat hij moet samenwerken binnen dat team. Natuurlijk kunnen andere beroepsbeoefenaren dan leraren niet bepalen welke professionele afwegingen de leraar moet maken. Maar andere leraren in het team zouden dat misschien als groep wel kunnen. Wie bepaalt nu of de individuele leraar zelf een afweging kan maken of dat hij hierin beperkt wordt door een lerarenteam waarvan hij deel uitmaakt? Dit laat de wetgever niet over aan het bevoegd gezag, maar brengt hij onder de bevoegdheid van de beroepsgroep. De wetgever heeft zo voor de leraar ruimte geschapen om als professional te handelen en voor de beroepsgroep ruimte geschapen om regels te stellen waaraan de leraar zich als professional moet houden. Dat doet de wetgever omdat hij dat in het belang acht van goed onderwijs. De wetgever heeft hierdoor in de Wet lerarenregister en registervoorportaal een verbinding gelegd tussen het beroep leraar en de rechtspositie die nieuw is voor de onderwijssector. Hij heeft de bevoegdheid kaders af te spreken voor de inhoudelijke afstemming tussen leraren bij de beroepsgroep gelegd en niet bij de cao-partijen.

4. Spanningen

In deze paragraaf draait het om de vraag hoe de ontwikkelingen in de CAO PO en het beroep leraar zich tot elkaar verhouden. Ik zet daarom puntsgewijs deze ontwikkelingen tegen elkaar af.

1. Bij het werkverdelingsbeleid hebben cao-partijen het collectief versterkt, namelijk het team in het kader van het verdelen van het werk. Het gaat hierbij niet om een team van leraren, maar een team van alle werknemers die werkzaam zijn bij de school. Kort gezegd is de uitkomst van het overleg met het team en daarna de PMR het uitgangspunt voor het overleg tussen de werkgever en de individuele werknemer voor de inzet van deze werknemer. Als de werkgever en werknemer er samen niet uitkomen en er een onwerkbaar situatie voor deze werknemer ontstaat, dan stelt de werkgever de inzet van de werknemer vast. De keuze voor het versterken van het team lijkt tot gevolg te hebben dat de keuzemogelijkheden voor de individuele werknemer ten aanzien van zijn inzet worden beperkt. Het spreekt voor zich dat de werkgever bij het vaststellen van de inzet zich dient te gedragen als goed werkgever.

Bij het beroep leraar in de Wet Lerarenregister en registervoorportaal daarentegen is niet de positie van het team versterkt maar juist wél die van de individuele leraar. Ook de rol van de beroepsgroep is versterkt. De beroepsgroep heeft met de wet de opdracht gekregen een professionele standaard te ontwikkelen waarin het beginsel van professionele samenwerking is uitgewerkt. Voor zowel de werkgever als de leraren geldt de professionele standaard als norm. Dit betekent dat niet de werkgever en niet een multidisciplinair team, maar de beroepsgroep het kader afspreekt waarbinnen de professionele samenwerking tussen leraren plaatsvindt. Nu de beroepsgroep het beginsel van professionele samenwerking en ook andere onderdelen van de professionele

²⁶ De beroepsgroep was bij de totstandkoming van de wet de Onderwijscoöperatie. Inmiddels heeft minister Slob vastgesteld dat het draagvlak voor de Onderwijscoöperatie niet meer aanwezig is. Hij heeft de heer Rinnooy Kan gevraagd een advies te geven over de ontwikkeling van beroepsgroep-representatie. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 27 925, 308, p. 3.

standaard nog niet heeft uitgewerkt, kan nog niet worden vastgesteld of er spanningen ontstaan tussen afspraken in de CAO PO en de ontwikkeling van het beroep leraar op basis van de wetgeving.

2. De nieuwe functiebeschrijvingen voor leraren zijn gebaseerd op de definitie van het beroep leraar die in de Wet Lerarenregister en registervoorportaal wordt gebruikt. Cao-partijen hebben echter aan deze definitie toegevoegd dat de leraar ook verantwoordelijk is voor het vakinhoudelijke, vakdidactisch en pedagogische proces in de eigen groep. Deze toevoeging zou kunnen betekenen dat cao-partijen van mening zijn dat de leraar *zonder* eigen groep leerlingen niet in alle gevallen verantwoordelijk zou hoeven zijn voor het vakinhoudelijke, vakdidactische en pedagogische proces als hij voor deze leerlingen het onderwijs verzorgt. Als de uitleg dat de leraar een eigen groep moet hebben juist is, maken cao-partijen een andere keuze bij de functiebeschrijving van de leraar dan de wetgever bij de omschrijving van het beroep leraar. Maar wat voor keuze in de CAO PO ook is gemaakt ten aanzien van de functiebeschrijving van de leraar, de leraar zal aan de wettelijke eisen en de daarop gebaseerde regels van zijn beroepsgroep moeten voldoen, hierover verantwoording moeten afleggen en hij kan hierop worden aangesproken.

3. In de CAO PO wordt onderscheid gemaakt tussen de leraar die nog niet basisbekwaam is, de leraar die basisbekwaam is en de leraar die vakbekwaam is. Wat basisbekwaam en vakbekwaam is, staat in de cao, maar er staat niet waaraan de leraar moet voldoen die nog niet basisbekwaam is. Misschien is bedoeld dat deze leraar aan de bekwaamheidseisen zoals vastgelegd in de WPO en het Besluit bekwaamheidseisen moet voldoen en dat wat de leraar moet kunnen en kennen als hij basisbekwaam dan wel vakbekwaam is, als bekwaamheden hier bovenop moeten worden gezien. Het onderscheid tussen de verschillende bekwaamheden in de cao lijkt niet binnen wet- en regelgeving te passen. In de WPO en het Besluit zijn namelijk de minimumbekwaamheidseisen waaraan de leraar moet voldoen vastgelegd. De werkgever mag meer eisen stellen aan de leraar, minder niet. De basisbekwaamheid valt naar mijn mening binnen de minimumbekwaamheidseisen. De eisen ten aanzien van de bekwaamheid om het onderwijs te verzorgen aan verschillende leerlingen die in de CAO PO onder de vakbekwaamheid vallen, vallen ook onder de minimum bekwaamheidseisen in het Besluit waaraan de leraar moet voldoen. De leraar die net zijn getuigschrift heeft behaald en vervolgens gaat werken als leraar in het po voldoet naar mijn mening daarom aan de eisen die aan de vakbekwame leraar worden gesteld. Het lijkt me niet waarschijnlijk dat cao-partijen beogen dat deze leraar ingeschaald wordt in trede 8 van L10, maar hier ligt toch wel een probleem ten aanzien van de tekst.

5. Hoe verder met de arbeidsvoorwaardenvorming in het primair onderwijs?

In de voorafgaande paragrafen heb ik geschetst dat door de Wet Lerarenregister en registervoorportaal een nieuwe situatie is ontstaan. Cao-partijen kunnen naar mijn mening geen afspraken maken over die onderwerpen die in de wet zijn geregeld zijn. Ook kunnen cao-partijen niet treden in de bevoegdheden die de wetgever aan de beroepsgroep heeft toegekend.

De cao-partijen in het po leggen een relatie tussen de werknemer als professional en de cao. Dat is naar mijn mening een goede zaak, maar ze zijn er nog niet in geslaagd de cao goed te laten aansluiten op wat ten aanzien van het beroep leraar in regelgeving is vastgelegd.

Zo is de beroepsgroep nog niet in staat geweest uitvoering te geven aan het uitwerken van het beginsel van professionele samenwerking. Als de beroepsgroep dit beginsel wel heeft uitgewerkt, zal dit betekenen dat cao-partijen hiermee rekening moeten houden bij een nieuwe CAO PO. Als de arbeidsvoorwaarden in de CAO PO teveel uit de pas lopen met wat is afgesproken in het kader van het beroep leraar in de wet en door de beroepsgroep, zal er ongetwijfeld druk ontstaan vanuit de beroepsgroep om de cao aan te passen. Het is ook mogelijk dat, zoals we bij andere beroepsgroepen zien, de beroepsgroep grip op de arbeidsvoorwaarden wil krijgen. Dit zou voor de arbeidsvoorwaardenvorming kunnen betekenen dat de cao-partijen voorstellen van de beroepsgroep, op het terrein van het beroep leraar, opnemen in de cao.

Op dit moment is het beroep leraar als enige beroep in het po in de WPO en WEC verankerd. Denkbaar is dat ook voor andere beroepen in het po het beroep in deze wetten wordt verankerd en de bekwaamheidseisen worden vastgelegd. Deze beroepsgroepen willen vermoedelijk ook grip krijgen op de arbeidsvoorwaarden. Dit kan betekenen dat ook deze beroepsgroepen voorstellen zullen doen over arbeidsvoorwaarden die betrekking hebben op hun beroep.

De komende jaren zal blijken of de cao-partijen en de beroepsgroep elkaar zullen vinden in een goede verhouding tussen wat tot het domein van de beroepsgroep behoort en wat tot het domein van de cao-partijen.

De Commissie van beroep in de onderwijscao's

André Joosten¹

Meer dan cao's van andere sectoren kennen de onderwijscao's eigen geschillenregelingen en geschillencommissies. De Commissies van Beroep bestaan al sinds 1905. De instelling van deze Commissies vloeide voort uit de wens om in eigen kring te kunnen oordelen over ontslagen in het bijzonder onderwijs.² De Commissies bestaan dan ook uit leden afgevaardigd vanuit zowel werkgevers- als werknemersorganisaties aangevuld met een onafhankelijk voorzitter. In dit artikel zal ik vooral kijken naar de toegevoegde waarde van het oordelen 'in eigen kring' door deze Commissies. Ik beperk me daarbij tot de Commissies van Beroep die zijn genoemd in de cao primair onderwijs (po), de cao voortgezet onderwijs (vo), de cao middelbaar beroepsonderwijs (mbo) en de cao hoger beroepsonderwijs (hbo). En ik begin met de ontslagcommissie in het hbo.

1. Ontslagcommissie

Sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (WWZ) op 1 juli 2015 oordelen de Commissies van Beroep niet meer over ontslag. Vanaf die datum zal de werkgever zich voor ontslag dienen te wenden tot hetzij het UWV, hetzij de kantonrechter, afhankelijk van de reden voor het ontslag. Dat zal ook gaan gelden voor het onderwijzend personeel dat nu nog een ambtelijke aanstelling heeft. Naar verwachting treedt per 1 januari 2020 de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (WNRA) in werking. Vanaf de inwerkingtreding van de WNRA vallen de werknemers in het openbaar primair en voortgezet onderwijs niet langer onder de Ambtenarenwet maar onder het civiele arbeidsrecht, zoals blijkt uit het ontwerp-wetsvoorstel Normalisering rechtspositie ambtenaren in het onderwijs.³

Voor het ontslagrecht betekent dat dus dat voor ontslag vanaf de inwerkingtreding van de WNRA ook voor de werknemers in het openbaar onderwijs hetzij toestemming gevraagd zal moeten worden aan het UWV (ingeval van bedrijfseconomisch ontslag of bij langdurige arbeidsongeschiktheid) dan wel ontbinding aan de kantonrechter op een van de in artikel 7:669 lid 3 onderdelen c tot en met h van het Burgerlijk Wetboek (BW) genoemde gronden. De WWZ geeft wel de mogelijkheid om binnen een sector een 'eigen' ontslagcommissie op te richten die dan (uitsluitend) kan oordelen over een bedrijfseconomisch ontslag als bedoeld in artikel 7: 669 lid 3 sub a BW.

Artikel 7:671a lid 2 geeft de formele vereisten waaraan een ontslagcommissie dient te voldoen:

1. De ontslagcommissie dient ingesteld te worden door cao-partijen en geregeld te zijn in een cao.
2. De commissie dient onafhankelijk en onpartijdig te zijn.
3. In de cao moeten regels gesteld worden met betrekking tot hoor en wederhoor, de vertrouwelijke behandeling van overgelegde gegevens, redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer en een redelijke beslistermijn.

¹ Mr. A. Joosten is partner bij Sprengers Advocaten.

² Zie ook H.J.A. Jansen & W. Lindeboom, 'Hebben de commissies van beroep nog toekomst?', In: *School en Wet*, 2012 (november), p. 10-15.

³ Zie uitgebreid F.H.J.G. Brekelmans & E. van Vliet, 'Wet normalisering rechtspositie ambtenaren en het openbaar onderwijs'. In: *School en Wet*, 2018 (juni), p. 10-15.

Het instellen van een ontslagcommissie biedt de mogelijkheid voor cao-partijen om bij collectief ontslag van het afspiegelingsbeginsel af te wijken. Daarvoor is dan wel vereist dat de regels die gelden voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen zijn neergelegd in de cao.

Voor wat betreft de onderwijscao's kent alleen de CAO HBO een sectorale ontslagcommissie, geregeld in artikel S-1 van de cao. De cao zelf voorziet daarbij niet in een afwijkende ontslagvolgorde. De gedachte van cao-partijen is, zo leid ik af uit artikel S-1 lid 4, dat de ontslagcommissie in haar oordeel de ontslagcriteria betreft zoals die worden vastgesteld in het voor het desbetreffende ontslag geldende Sociaal Plan, dat als cao is aangemeld bij de Inspectie SZW. Zo kan van geval tot geval door cao-partijen of door een afzonderlijke werkgever en een of meer vakbonden worden gezien of bij een bepaalde reorganisatie waarbij arbeidsplaatsen komen te vervallen, het hanteren van een andere ontslagvolgorde wenselijk is.

Een dergelijk geval heeft zich tot heden nog niet voorgedaan. De sectorale ontslagcommissie HBO heeft in april 2018 haar eerste uitspraak gedaan, maar daarbij was sprake van een enkele werknemer wiens functie kwam te vervallen omdat de financiering van het project waarbinnen hij werkte werd stopgezet.⁴

De vraag kan gesteld worden of het instellen van een sectorale ontslagcommissie een toegevoegde waarde heeft. Dat is naar mijn mening alleen het geval als er voldoende aanleiding is voor cao-partijen om te komen tot een andere ontslagvolgorde bij het vervallen van arbeidsplaatsen. Doet men dat niet dan zal de ontslagcommissie niets anders hebben te doen dan de ontslagregels volgen die het UWV hanteert en waaraan ook de kantonrechter in beroep zal toetsen. Uit de hiervoor genoemde uitspraak van de sectorale ontslagcommissie HBO blijkt dat ook. Het oordeel dat de werkgever zich onvoldoende had ingespannen om de werknemer te herplaatsen zou naar alle waarschijnlijkheid ook het oordeel geweest zijn van het UWV als deze in deze casus zou hebben moeten oordelen.

Daarbij komt nog dat bij bedrijfseconomisch ontslag de praktijk laat zien dat het aantal aanvragen voor een ontslagvergunning bij het UWV al jaren een dalende lijn vertoont. Daar waar ontslag om bedrijfseconomische redenen aan de orde is, gaan partijen veelal met wederzijds goedvinden uit elkaar na het afspreken van een vaststellingsovereenkomst. Aan de andere kant is het natuurlijk wel voorstelbaar dat cao-partijen er voor kiezen in een voorkomend geval te opteren voor een andere ontslagvolgorde bij het vervallen van arbeidsplaatsen.⁵ Een oordeel over de toegevoegde waarde van de sectorale ontslagcommissie HBO kan dan ook pas gegeven worden als een dergelijke situatie zich voordoet. In een rapport van de werkgroep Verbetering positie Commissies van Beroep uit 2014 werd overigens al opgemerkt dat de meerwaarde van een eigen sectorcommissie voor het onderwijs beperkt is.⁶

⁴ Sectorale ontslagcommissie HBO, 3 april 2018, nr. 108064, gepubliceerd op www.onderwijsgeschillen.nl.

⁵ Zie bijvoorbeeld de CAO kunsteducatie, <https://www.cultuurconnectie.nl/onderwerpen/cao-kunsteducatie>.

⁶ Uitgave nr. 9 van Expertisecentrum Onderwijsgeschillen, Utrecht 2014, gepubliceerd op www.onderwijsgeschillen.nl.

2. Commissies van Beroep

Primair en voortgezet onderwijs

Sinds 1 januari 2017 is door cao-partijen in het primair en voortgezet onderwijs de Commissie van beroep funderend onderwijs ingesteld. Deze Commissie is ondergebracht bij de Stichting Onderwijsgeschillen. Met de instelling van de Commissie van beroep funderend onderwijs kwam een einde aan de voormalige Commissies van beroep po en vo die in de verschillende denominaties bestonden.

Sinds de inwerkingtreding van de WWZ heeft de Commissie van beroep geen taak meer als het gaat om het ontslagrecht. De Commissie is voor wat betreft het primair onderwijs bevoegd te oordelen over een door de werkgever genomen besluit over (artikel 12.1 lid 1 CAO PO):

- een disciplinaire maatregel, met uitzondering van ontslag;
- schorsing als ordemaatregel;
- het direct of indirect onthouden van promotie;
- overplaatsing in het kader van de bestuursbenoeming;
- de beëindiging van een verlengd dienstverband voor bepaalde tijd;
- eenmalige inhouding periodieke verhoging en het niet toekennen van het schaaluitloopbedrag, als ook het onthouden van een periodieke verhoging op basis van het bekwaamheidsniveau (basis- of vakbekwaam).

De Commissie is voor wat betreft het voortgezet onderwijs bevoegd te oordelen over een door de werkgever genomen besluit over (artikel 20 lid 1 CAO VO):

- een disciplinaire maatregel, met uitzondering van ontslag;
- schorsing;
- het direct of indirect onthouden van promotie;
- aanwijzing van een andere instelling of instellingen waaraan de werknemer werkzaamheden zal verrichten (overplaatsing);
- eenmalige inhouding periodieke verhoging.

Uit het jaarverslag 2017 blijkt dat de meeste zaken bij de nieuwe commissie zijn aangespannen door geschorste werknemers in het voortgezet onderwijs.⁷ Van de 71 zaken die de Commissie in 2017 in behandeling had, werd bijna de helft van de beroepen ingetrokken. De voorzitter van de Commissie, Sprengers, noemt in het voorwoord van het jaarverslag als mogelijke oorzaak dat er tussen het moment van het opleggen van de schorsing en de behandeling van het beroep de nodige tijd kan zitten. Daardoor is de schorsing soms al feitelijk geëindigd; soms ook is het dienstverband dan al geëindigd.

Het ligt in de lijn der verwachting dat als de WNRA in werking treedt ook het onderwijzend personeel in het openbaar primair en voortgezet onderwijs zich kan wenden tot de Commissie van Beroep funderend onderwijs. Dan zou er ook wat dat betreft een einde komen aan het nu nog bestaande verschil in rechtsgang tussen het openbaar en bijzonder onderwijs. Voordeel daarvan is dat de rechtsgang dan eenvoudiger wordt en dat er sprake zal zijn van een grotere rechtsgelijkheid dan nu het geval is.

⁷ Jaarverslag 2017, Commissie van beroep funderend onderwijs, gepubliceerd op www.onderwijsgeschillen.nl.

Middelbaar en hoger beroepsonderwijs

In het hbo en mbo is de Commissie van beroep hbo en mbo ingesteld. Iedere werknemer in het bijzonder hoger beroepsonderwijs (hbo), die rechtstreeks in zijn belang is getroffen, kan bij de Commissie beroep instellen tegen een besluit dat door of namens de werkgever is genomen en dat inhoudt:

- schorsing (artikel S2 lid 2 sub a CAO HBO);
- een disciplinaire maatregel, niet zijnde ontslag (artikel S2 lid 2 sub b CAO HBO).

De uitspraken van de Commissie zijn bindend (artikel S-2 lid 5 CAO HBO).

De Commissie van beroep mbo is bevoegd te oordelen over een door de werkgever genomen besluit over (art. 12.2 lid 2 CAO MBO):

- een disciplinaire maatregel, met uitzondering van ontslag;
- schorsing als ordemaatregel;
- het direct of indirect onthouden van bevordering;
- het niet toekennen van het verzoek van de werknemer tot vermindering van de omvang van de betrekking op grond van de Wet flexibel werken.

Ook hier geldt dat de Commissie van beroep hbo en mbo in 2017 met name kreeg te oordelen over schorsingen van werknemers.⁸ En in het hbo en mbo werd iets meer dan de helft van de beroepen ingetrokken, vaak kort voor de zitting. De Commissie heeft blijkens het jaarverslag geen exact beeld van de oorzaak daarvan. Net als in het funderend onderwijs speelt de tijdsduur een rol, maar mogelijk is ook dat een deel van de geschillen onder de druk van de zitting alsnog in der minne wordt geregeld.

3. Toegevoegde waarde

Wat nu is de toegevoegde waarde van deze Commissies? Als ik het aantal ingediende beroepen beschouw en dat afzet tegen het zeer geringe aantal zaken dat terecht komt in de arbeidsrechtjurisprudentie over schorsing van werknemers, dan is mijn voorlopige conclusie dat een gang naar een van de Commissies als laagdrempeliger wordt ervaren dan een gang naar de kantonrechter.

In het advies *Toekomst Commissies van Beroep* uit 2012⁹ trekt de adviesgroep de conclusie dat het de voorkeur verdient om de Commissies van Beroep te handhaven. De adviesgroep stelt vast “dat het belang voor werknemers in het onderwijs nog steeds groot is om zich in een geschil met het bevoegd gezag te kunnen wenden tot een laagdrempelige, toegankelijke en deskundige instantie waarbij er voldoende gelegenheid is om te worden gehoord.” Daarnaast geldt dat voor de werknemer het kostenaspect, dat bij de civiele rechter al snel in de papieren loopt, geen belemmering vormt om zich tot een van de Commissies van Beroep te wenden. Er is ook het voordeel dat er relatief snel een oordeel wordt geveld, zodat de werknemer ook snel weet waar hij aan toe is. Dat laatste is natuurlijk ook in het belang van de werkgever. En last but not least is er

⁸ Jaarverslag 2017, Commissie van beroep hbo en mbo, gepubliceerd op www.onderwijsgeschillen.nl.

⁹ Uitgave nr. 6 van Expertisecentrum Onderwijsgeschillen, Utrecht 2012, gepubliceerd op www.onderwijsgeschillen.nl.

binnen de Commissies de nodige expertise over de sector onderwijs, welke expertise de gemiddelde kantonrechter niet heeft.

In een rapport van de werkgroep Verbetering positie Commissies van Beroep¹⁰ wordt sociale partners geadviseerd de Commissies van Beroep om te vormen in die zin dat de Commissies geen (bindend) advies meer geven, maar een arbitraal vonnis wijzen. Dat advies was met name ingegeven omdat de civiele rechter oordeelde dat een werknemer niet gebonden is aan een uitspraak van de Commissie van Beroep, tenzij de onderwijsinstelling en de leerkracht anders zijn overeengekomen.¹¹ Sociale partners hebben dat advies niet overgenomen. Mij dunk dat dit ook niet nodig is. In de uitspraken die gingen over de gebondenheid aan uitspraken van de Commissies van Beroep handelde het steeds om ontslagzaken. Daarover oordelen de Commissies niet meer sinds de invoering van de WWZ. Bovendien is mijn indruk dat de Commissies in de praktijk gezaghebbend blijken in die zin dat partijen het (bindend) advies van de Commissies volgen.

4. Conclusie

Over de toegevoegde waarde van de sectorale ontslagcommissie in het hbo valt geen oordeel te geven nu er nog geen uitspraak is geweest waarbij sprake was van een andere ontslagvolgorde dan de volgorde die in acht moet worden genomen bij het hanteren van het afspiegelingsbeginsel. Anders ligt dat bij de nieuwe Commissies van beroep. De toegevoegde waarde van deze Commissies, afgezet tegen het alternatief van een gang naar de kantonrechter, zijn met name de toegankelijkheid, het ontbreken van kosten als het voldoen van griffiegeld en de specifieke kennis van de Commissies over het onderwijs. Al met al meer dan voldoende redenen om deze Commissies in stand te houden.

¹⁰ Uitgave nr. 9 van Expertisecentrum Onderwijsgeschillen, Utrecht 2014, gepubliceerd op www.onderwijsgeschillen.nl.

¹¹ HR, 31 mei 1996, NJ 1996, 693 (Amghane).

Haalt de payroll-leraar 2020?

Maarten Tanja¹

Payrolling is populair in de onderwijssectoren. Die populariteit laat zich deels verklaren door de regelgeving die per 2015 van toepassing is geworden, door de Wet werk en zekerheid. Die regels belemmeren in de praktijk de flexibele inzet van vervangende leerkrachten. Althans, als die vervanger al te vaak wordt ingezet, moet een vast dienstverband worden aangegaan. De gewenste en benodigde flexibiliteit in de inzet van een docent, matcht daardoor niet meer met de mogelijkheden die contractueel nog resteren. Schoolbesturen ontbreekt het eenvoudigweg aan voldoende middelen om invalkrachten in vaste dienst te nemen.² Die problematiek veronderstel ik bij u bekend. Daarbij knellen kosten – zoals een WW-aanvulling - die lang voortduren nadat de inzet van een leraar is beëindigd, ook voor een publiek gefinancierde werkgever.³ De Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties ('Wet DBA') maakt het bovendien heel wat lastiger om een leraar als 'zelfstandig ondernemer' in te huren. Om kosten beheersbaar te houden en de verbintenis tussen school en leerkracht meer in lijn te brengen met de behoefte van betrokkenen, is met de huidige arbeidsrechtelijke regelgeving een derde partij nodig. Door tussenkomst van een payroll- of uitzendonderneming, wordt het weer mogelijk om de benodigde arbeid op -en af te schalen.

Het gebruik maken van een payrollonderneming is evenwel niet zonder gevolgen. De werknemer is immers niet meer in dienst van of aangesteld door de werkgever waar de arbeid feitelijk plaatsvindt. Juridisch wordt hij daarmee buiten het directe regelingsbereik geplaatst van sociale partners, die met elkaar de arbeidsvoorwaarden overeenkomen voor de sector waarin gewerkt wordt. Het 'op- en af schalen' van arbeid lijkt bovendien in deze context op niet meer dan een eufemistische verpakking voor het afwentelen van economische risico's op werknemers.

Payrolling leidt, in en buiten het onderwijs, al jarenlang tot discussie in politiek, rechtspraak en (juridische) literatuur. Die discussie wordt voornamelijk gevoerd over de randen van die arbeidsverhouding. Het zou leiden tot misbruik, afnemen van arbeidsvoorwaarden en het onthouden van bescherming aan werknemers. Of die veronderstellingen in alle gevallen gerechtvaardigd zijn, valt nog te bezien. Toch lijkt de Wet Arbeidsmarkt in Balans, de voorgenenomen regelgeving van onze nieuwe minister van SZW, vooral te zijn geschreven vanuit dat gedachte dat flexibilisering van arbeid (en met name: payrolling) gelijk staat aan misbruik van werknemers. Flexibiliteit moet duurder worden, complexer en vooral minder aantrekkelijk dan het dienstverband voor onbepaalde tijd. In deze bijdrage verken ik met u het fenomeen payrolling, de potentiële

¹ Maarten Tanja is advocaat bij Köster en buitenpromovendus aan de Universiteit van Amsterdam. Deze bijdrage is mede gebaseerd op het commentaar dat door hem is ingediend bij de internetconsultatie van de Wet Arbeidsmarkt in Balans.

² Voor vervanging bij ziekte is dat probleem per 1 augustus 2018 opgelost, door het mogelijk te maken om een onbeperkt aantal overeenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan met leraren die ten behoeve van ziektevervanging worden ingezet. Regeling tot wijziging van de Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter in verband met een wijziging van de mogelijkheid om de ketenbepaling buiten toepassing te verklaren voor werknemers die vanwege ziekteverzuim invallen in het basisonderwijs en speciaal onderwijs, *Stc.* 17 juli 2018, nr. 39737.

³ B. Barentsen, 'De Wwz in de publieke sector', *TRA* 2016/87.

impact van de voorgenomen wetgeving en de bruikbaarheid van deze dienstverlening in de nabije toekomst, voor werknemer en werkgever.

1. Wat is payrolling?

Wat onder 'payrolling' moet worden verstaan, is nog altijd diffuus. Voor een zinnige analyse van dat fenomeen, is noodzakelijk om het begrip aan te scherpen. Inmiddels kunnen we een zestal vormen onderscheiden van dienstverlening die wordt aangeboden onder de noemer 'payrolling':⁴

- a) *De payrollonderneming verzorgt de salarisadministratie voor de opdrachtgevers waarbij de werknemer in dienst is bij de opdrachtgever.*

Volledigheidshalve noem ik deze vorm, maar vanzelfsprekend heeft deze vorm van payrolling nauwelijks impact op arbeidsverhoudingen. Het werkgeverschap blijft bestaan in de traditionele vorm.

- b) *De opdrachtgever verzorgt de werving en selectie van nieuwe werknemers. Vervolgens treedt de werknemer in dienst bij de payrollonderneming en deze wordt, krachtens een aan de payrollonderneming verstrekte opdracht, voor een zekere tijd ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever. Het is de bedoeling dat de arbeidskracht uiteindelijk rechtstreeks in dienst komt bij deze opdrachtgever of elders ter beschikking wordt gesteld.*

Een groot deel van de payrollmarkt bestaat uit deze werknemers, die feitelijk en juridisch gelijk zijn aan uitzendkrachten. Het onderscheid tussen deze vorm van payrolling en uitzenden bestaat uit niet meer dan een korting op het tarief, vanwege het feit dat (deze keer) de wervingsinspanningen niet via het uitzend- of payrollbedrijf liepen, maar de werknemer zich meldde bij de opdrachtgever. Na de start van de relatie verloopt het verdere proces op identieke wijze aan dat van de reguliere uitzendrelatie. Dat hetzelfde beestje een andere naam kreeg, is vooral een kwestie van marketing.

- c) *De opdrachtgever verzorgt de werving en selectie van nieuwe werknemers. Vervolgens treedt de werknemer in dienst bij de payrollonderneming en deze wordt, krachtens een aan de payrollonderneming verstrekte opdracht, in beginsel langdurig ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever.*

Met deze vorm begint het te verschuiven, van klassiek uitzenden naar een ander fenomeen. Toch is er een volledige overlap met andere uitzendrelaties. De 'tijdelijkheid' die ooit met het uitzenden verbonden was (toen langdurig uitzenden zelfs verboden was), geldt nog maar voor een deel van de populatie. Zo duurt 11% van de uitzendbanen langer dan 3 jaar.⁵ Daarbij is het niet gezegd dat gedurende die 3 jaar de werknemer steeds op dezelfde plek werkt. In tegendeel, de wisseling van opdrachtgevers blijft wél onlosmakelijk met de uitzendverhouding verbonden. Deze derde vorm van payrolling wordt dus pas anders dan de uitzendrelatie, als er sprake is van een exclusieve verbintenis tussen opdrachtgever en werknemer. Dan heeft de uitlenende partij niet langer een inhoudelijke positie als intermediair en werkgever.

⁴ De eerste vijf vormen werden al onderscheiden in 2011 door Van Houte, 'Uitzending en payrolling; overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36.

⁵ Vgl. 'Whitepaper Uitzendmonitor', analyse uitgevoerd door KBA Nijmegen in opdracht van de Algemene Bond Uitzendondernemingen, december 2016.

- d) *De opdrachtgever besluit om (een gedeelte van) zijn werknemers te ‘outsourcen’ aan een payrollonderneming. De werknemers treden in dienst bij de payrollonderneming en worden krachtens een aan de payrollonderneming verstrekte opdracht permanent en exclusief ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever.*

Hiermee zijn we aanbeland bij het echte pijnpunt. Het is daarbij goed om vast te stellen dat deze vorm van dienstverlening vele malen kleiner is, dan de vormen 3, 5 en 6. Volledige gelijke behandeling van werknemers is hierbij op zijn plaats. Uitvoerbaarheid is daarbij nog wel een punt van aandacht, zoals ook door de Raad van State werd opgemerkt in zijn commentaar op het gelijksoortige wetsvoorstel van de coalitie van linkse partijen.⁶

- e) *Werknemers of freelancers die (nog) niet als zelfstandige kunnen worden aangemerkt, maar wel graag in de toekomst als ondernemer zouden willen werken, treden bij een payrollonderneming in dienst. De werknemer zorgt zelf voor de opdrachten en bepaalt zelf de tarieven. De payrollonderneming stelt de werknemer ter beschikking aan de opdrachtgever, verzorgt de facturatie aan de opdrachtgever en doet de salarisadministratie.*

In deze bijzondere variant ligt het initiatief bij de werknemer. Deze vorm bestaat vooral bij de gratie van een gebrekkige afbakening van zelfstandigheid, ten opzichte van de arbeidsrelatie. Differentiatie naar niveau van werknemer is hierbij zeer aan te bevelen, net als in de discussie rondom zzp. Van een exclusieve verbinding tussen werknemer en opdrachtgever zal doorgaans geen sprake zijn. Van binding met de payrollonderneming evenmin.

- f) *Backoffice payroll, waarbij een intermediaire onderneming de werving en selectie van nieuwe werknemers verzorgt.*

De werknemers treden niet in dienst van die uitzendonderneming, maar van een payrollonderneming met wie de intermediaire onderneming een overeenkomst van opdracht is aangegaan. De opdrachtgever of ‘eindklant’ bij wie de werknemers feitelijk werkzaam zijn, verstrekt aan de intermediair de opdracht tot het ter beschikking stellen van werknemers onder leiding en toezicht van de opdrachtgever. Van exclusiviteit is nooit sprake; de payrollonderneming en intermediaire onderneming vervullen gezamenlijk dezelfde rol als de reguliere uitzendonderneming op de arbeidsmarkt.

2. Waar ligt de grens?

Het overhevelen van werknemers vanuit een vast dienstverband, om vervolgens hun rechtspositie te verslechteren door verlenging van de periode tot aan het contract voor onbepaalde tijd én gelijktijdig de arbeidsvoorwaarden verslechteren, is een weinig fraai arbeidsrechtelijk fenomeen. Dergelijke praktijken dienen te worden bestreden. De maatregelen behoren zich echter wel te

⁶ Voorstel van wet van de leden Van Dijk, Özdil en Van Kent tot wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs teneinde te bewerkstelligen dat voor arbeidskrachten die in het kader van payrolling ter beschikking zijn gesteld aan een opdrachtgever dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden als voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de opdrachtgever waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, *Kamerstukken II 2017-2018, 34837, nr. 2.*

beperken tot dat wat bestrijding verdient. Met het huidige conceptwetsvoorstel Wet Arbeidsmarkt in Balans wordt een kanon op een mug afgevuurd. In variant 4 (en soms 3), hierna aangeduid als “exclusieve payroll” zien we in de praktijk afspraken terug tussen opdrachtgevers en payrollers, die ertoe strekken dat werknemers niet bij andere opdrachtgevers te werk mogen worden gesteld. Bovendien wordt daarbij afgesproken dat zodra de payrollovereenkomst eindigt, de opdrachtgever de verplichting heeft om alle werknemers ‘terug’ te nemen. Dergelijke bepalingen maken de arbeidsovereenkomst tussen payroller en werknemer dermate inhoudsloos, dat eraan kan worden getwijfeld of die juridisch nog gelding heeft. In een dergelijk geval is het wat mij betreft volkomen gerechtvaardigd om de rechtspositie van de werknemer in dienst van de payrollonderneming gelijk te stellen aan die van de werknemer in dienst van de opdrachtgever. De werkgeversrol is dan uitgehold tot een juridisch vehikel. Anderzijds heeft ook exclusieve payroll zijn functie en stimulerende werking, doordat de drempel om personeel in te zetten wordt verlaagd. Een verbod, zoals met name FNV voorstaat, zal dan ook slechts averechts uitpakken voor werknemers. Wel past het bij deze constructies, om werknemers gelijk te behandelen met andere werknemers die bij de opdrachtgever in dienst zijn.

De overgrote meerderheid van de payrollcontracten laat zich evenwel niet als zodanig kwalificeren. Ook onder de payrollondernemingen geven werkgevers inhoud aan de arbeidsrelatie en oefenen zij de met de werkgeversrol samenhangende zorgplicht uit. Dat uit zich – vanzelfsprekend – niet in het dagelijks gezag over het werk. Enige afstand tot die dagelijkse praktijk is immers inherent aan de positie van de uitlenende werkgever. Wel bemoeit men zich met opleiding, re-integratie en bemiddeling naar nieuw werk, als de opdrachtgever geen werk meer voorhanden heeft. Daarnaast worden alle administratieve handelingen verricht, die een werkgever behoort te verrichten.

3. Exclusiviteit

De sleutel tot het onderscheid tussen payrolling en uitzenden, is gelegen in de **exclusiviteit**. De exclusieve verbinding tussen werknemer en opdrachtgever brengt mee dat de positie van de juridische werkgever sterk verkleind wordt. Bovendien geniet de werknemer bij exclusiviteit niet de voordelen die samenhangen met de reguliere uitzendrelatie, ten aanzien van de vergroting van zijn employability en bemiddeling naar ander werk. De arbeidsrelatie met de payroller is immers uitsluitend aangegaan, met het doel bij die specifieke opdrachtgever te werken en wordt beëindigd, zodra die opdrachtgever de werknemer niet meer wil inzetten. Deze vorm van payrolling biedt in potentie wel een professionalisering van het werkgeverschap en werkt daarbij drempelverlagend voor werkgevers om personeel in te zetten. Bestaansrecht heeft zij wel, maar een rechtvaardiging voor fundamenteel onderscheid tussen de werknemer in dienst van de opdrachtgever en deze payrollkracht is er niet.

Exclusiviteit is een element dat wordt afgesproken tussen opdrachtgever en payrollonderneming. Op die afspraak rust wezenlijke druk vanuit de opdrachtgevende partij. De bedrijfsvoering van een opdrachtgever die (in vorm 4) zijn personeel bij een ander onder brengt, komt in gevaar als hij niet zeker stelt dat dat personeel slechts hem toebehoort. Hetzelfde geldt voor de payroller die (in een deel van vorm 3) een geschikte kandidaat zelf gevonden heeft en aan zijn bedrijf wil binden. Ook die opdrachtgever zal niet toestaan dat concurrenten er met deze arbeidskracht vandoor gaan. Het element ‘exclusiviteit’ is derhalve niet alleen wezenlijk onderscheidend ten opzichte van uitzenden,

maar evenmin makkelijk te ontwijken als men de bij payrolling behorende verplichtingen wenst te omzeilen. Het raakt de kern van de prestatie van de payrollonderneming.

In het huidige conceptwetsvoorstel WAB wordt in artikel 7:692 BW de volgende definitie opgenomen:

De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander terbeschikking te stellen.

Het eerste element ziet op de totstandkoming van de overeenkomst. Deze dient niet tot stand te zijn gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Allereerst is volstrekt onhelder in welke situaties daar sprake van is. De memorie van toelichting geeft wat voorbeelden, maar limitatief zijn die niet. Daarbij geldt dat het element op zich niet onderscheidend is. Tal van uitzendrelaties komen niet bij aanvang precies zo tot stand als men in 1995 bedacht, maar hebben wel tot gevolg dat arbeidsrelaties tot stand komen die zonder intermediair niet tot stand gekomen waren⁷. Dat is waar de uitzendrelatie zijn meerwaarde toont. Daarbij zijn er ook tal van voorbeelden denkbaar waarbij *in eerste instantie* de werknemer door een uitzendbureau is geworven, maar de opdracht in een later stadium wordt gegund aan een ander uitzendbureau. Dit is binnen het klassieke uitzenden aan de orde van de dag. Tienduizenden uitzendkrachten gaan jaarlijks op die manier over van het ene naar het andere uitzendbureau en behouden daardoor hun uitzendbaan, ondanks het feit dat hun werkgever de opdracht verliest. Dat komt ons voor als bevorderlijk voor de werkzekerheid van werknemers.

Met de nieuwe definitie van payrolling wordt evenwel getoetst of de arbeidsrelatie met de huidige uitzendwerkgever, *tot stand kwam* in het kader van vraag en aanbod. Hoewel je met de conceptwettekst daarover nog kan twisten, blijkt uit de Memorie van toelichting anders. De uitzendkracht heeft zich immers niet bij *deze* uitzendonderneming ingeschreven. Als gevolg daarvan zou hij door de wisseling van werkgevers opeens als ‘payrollkracht’ kwalificeren, met alle arbeidsvoorwaardelijke en contractuele consequenties van dien. Het behoeft weinig toelichting dat uitzendkrachten hun baan niet behouden als zij na een wisseling van uitzendbureau ineens – bij het wegvallen van contractflexibiliteit - voor onbepaalde tijd in dienst zouden zijn.

De toets op de initiële totstandkoming van de uitzendovereenkomst biedt kortom geen onderscheidend element ten opzichte van de reguliere uitzendrelatie. Bovendien zijn de inhoud en grenzen van dit definitie-element niet helder, wat leidt tot rechtsonzekerheid voor betrokkenen. Daarbij definieert dit element niet de vormen van payrolling waar de regelgeving werkelijk op dient te zien.

⁷ In 1995 vroeg de toenmalig Minister van SZW Melkert bij brief van 4 december advies aan de Stichting van de Arbeid over de mogelijkheden tot flexibilisering van het arbeidsbestel. Dat leidde tot de op 3 april 1996 gepubliceerde Nota ‘Flexibiliteit en Zekerheid’, die - tezamen met de overige initiatieven van sociale partners - in belangrijke mate bijdroeg aan de vormgeving van de in 1999 in werking getreden Wet Flexibiliteit en Zekerheid. Deze laatstgenoemde wet introduceerde de uitzendrelatie in het Burgerlijk Wetboek, als bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst.

4. Rechts(on)zekerheid

Als de sleutel tot een deugdelijke afbakening gelegen is in de exclusiviteit van de verhouding, is het zaak dat element te combineren met rechtszekerheid. De definitie uit de ontslagregeling, die ten grondslag ligt aan het nieuwe concept 7:692 BW, biedt hiervoor geen bruikbaar handvat. Dat geldt overigens ook voor de daar weer achter liggende definitie van de Cao voor Werknemers van Payrollonderneming van de Vereniging voor Payroll Onderneming (VPO). Dat is een definitie die door cao-partijen bedoeld is om ten behoeve van de aangesloten leden het begrip in te kaderen. Die definitie was en is nooit bedoeld voor algemeenverbindendverklaring van de cao en dus evenmin bedoeld (en daarmee: geschikt) voor een juridisch sluitende afbakening ten opzichte van het reguliere uitzenden. De cao was immers (pas) van toepassing als je lid was van VPO. Zo niet, dan niet. Zoals partijen zich destijds al realiseerden, bestaat er vanwege de vele verschijningsvormen in de markt, een geleidelijke overgang tussen wat onder uitzenden en payrolling wordt verstaan. Het is dan ook van belang om te identificeren welke vorm van payrolling potentieel wringt, waar het aankomt op de verhouding tussen payrollwerknemers en werknemers in dienst van de opdrachtgever.

Als en zodra partijen bij de overeenkomst van opdracht overeenkomen dat een exclusieve terbeschikkingstelling het uitgangspunt is, is er sprake van payrolling. In de huidige definitie van het conceptwetsvoorstel WAB is een variant daarvan opgenomen, maar is in het midden gelaten hoe die exclusiviteit moet worden vastgesteld. Dat leidt ertoe dat achteraf discussie kan ontstaan over de kwalificatie van de uitzendovereenkomst, bijvoorbeeld als de werknemer vordert dat zijn uitzendovereenkomst eigenlijk een payrollovereenkomst was. Zou die uitzendovereenkomst als payrollovereenkomst worden aangemerkt, dan zal in de praktijk per definitie een langdurige terbeschikkingstelling aan de vordering ten grondslag liggen én zal die kwalificatie met terugwerkende kracht gelden. Dat leidt er weer toe dat de werknemer met terugwerkende kracht voor onbepaalde tijd in dienst is – waar partijen dat niet overeenkwamen – én een afwijkend pakket van arbeidsvoorwaarden dient te worden toegepast, ook voor het verleden.

Dergelijke rechtsonzekerheid is volstrekt onaanvaardbaar in de (rechts)praktijk, maar dient bij de totstandkoming van wet- en regelgeving ook te worden getoetst. Als exclusiviteit het onderscheidende element is, zal dat moeten blijken uit de *schriftelijke overeenkomst* van opdracht tussen partijen. Dat schriftelijkheidsvereiste hanteert de Belastingdienst immers ook, bij de definitie die ten grondslag ligt aan code 82 (payrollovereenkomst) voor de loonheffingen.

Bij gebreke van een schriftelijke opdrachtovereenkomst zou het rechtsvermoeden kunnen ontstaan dat van een payrollovereenkomst sprake is, indien

1. de werknemers langer dan (bijvoorbeeld) twee jaar werkzaam zijn voor dezelfde opdrachtgever of
2. eerder in dienst waren van dezelfde opdrachtgever.

Dat rechtsvermoeden dient als vangnet en geldt pas als de schriftelijke afspraken geen uitkomst bieden. Daarbij zou ook de verplichting kunnen worden opgenomen om de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk als payrollovereenkomst te kwalificeren, op straffe van een boete.

Het ligt voor de hand om voor exclusieve payroll de regels te herzien en een bijzondere regeling te treffen, waarbij meer dan in de uitzendrelatie het onderscheid tussen vaste werknemer en payrollkracht wordt beperkt. Daarbij dient, opnieuw om middel en doel van de voorgestelde

wetgeving met elkaar in overeenstemming te houden, de vraag te worden gesteld of het moeilijker, duurder en dus onaantrekkelijker maken van payrolling werkelijk leidt tot een bevordering van het aangaan van een overeenkomst voor onbepaalde tijd in dienst van de opdrachtgever.

5. Vlucht naar ongereguleerde vormen

Ook hier geldt dat dienstverleningsvormen zich aanpassen aan de geldende regelgeving, om aan de marktwens te blijven voldoen. Om die te realiseren zullen de huidige vormen evolueren naar nieuwe diensten. Als een intermediair geen werkgever meer kan zijn, omdat dat te moeilijk is, is de oplossing wellicht het platformwerk.

Een effectieve oplossing van het gebrek aan zekerheid kan dus niet worden gevonden in het bemoeilijken van de rol van de dienstverlener, maar dient te worden gezocht in (de oorsprong van) de wens van de klant. Waar de behoefte aan arbeid bestaat, zal deze worden ingevuld. Of dat nu door het inzetten van een payrollkracht, directe indiensttreding, inlenen van een uitzendkracht, outsourcen van productieprocessen, (schijn)zelfstandigheid of contracting is. Het bestrijden van gereguleerde vormen van arbeidsbemiddeling, leidt wat ons betreft slechts tot een vlucht naar ongereguleerde vormen.

Anders gesteld: een versteviging van de positie van de werknemer die krachtens de exclusieve payrollcontracten ter beschikking wordt gesteld is op zijn plaats, maar daarbij dient wel een balans te worden gevonden tussen die positie en de uitvoerbaarheid van de toepasselijke regelgeving. In het huidige voorstel wordt een volledige gelijke behandeling verplicht gesteld ten aanzien van alle primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden. Ten opzichte van het wetsvoorstel van de linkse partijen is de regeling technisch en tekstueel wat verbeterd én is meer aandacht voor de onuitvoerbaarheid van de voorschriften van pensioen, maar nog altijd ziet een payrollwerkgever zich potentieel geconfronteerd met de integrale toepassing van (op zijn minst) tientallen tot honderden verschillende cao's en arbeidsvoorwaardenregelingen. De Raad van State merkt hierover terecht op dat dit voorschrift voor payrollwerkgevers zeer complex, belastend en kostenverhogend is.⁸ 'Onuitvoerbaar' zou in dat kader wellicht een goede samenvatting zijn.

6. Oplossingsrichting

Wat zou dan wel werken? Een voorbeeld hiervan kan gevonden worden in voormalige VPO Cao voor Werknemers van Payrollondernemingen, die in 2011 door de betrokken vakbonden werd opgezegd. Niet vanwege de inhoud van de cao, maar vanwege het feit dat zij payrolling op zichzelf als ongewenst hadden verklaard. Die grondhouding (of: keuze) vertaalde zich vervolgens in 2012 ook in het advies van de Stichting van de Arbeid over de positie van payrollkrachten, waarin werkgevers en werknemers niet tot een gedeeld advies kwamen.⁹

⁸ Voorstel van wet van de leden Van Dijk, Özdil en Van Kent tot wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs teneinde te bewerkstelligen dat voor arbeidskrachten die in het kader van payrolling ter beschikking zijn gesteld aan een opdrachtgever dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden als voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de opdrachtgever waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, Kamerstukken II 2017-2018, 34837, nr. 4, *Advies van de afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemers*.

⁹ De visie van de Stichting van de Arbeid op payrolling, mede in het licht van de gevolgen voor werknemers als het gaat om ontslag, 11 mei 2012.

Niettemin biedt de VPO-cao wel enig inzicht in wat werkgevers nog uitvoerbaar en werknemers aanvaardbaar achten, als pakket aan arbeidsvoorwaarden. Tussen die cao-partijen, die aan werkgeverszijde een substantieel deel van de payrollmarkt vertegenwoordigden, was overeengekomen dat – in plaats van de 6 loonelementen uit de ABU-cao – wel op 14 loonelementen gelijk behandeld diende te worden. Dit betrof de volgende loonelementen:¹⁰

1. Uitsluitend het geldende periodeloon in de schaal;
2. Arbeidsduurverkortung;
3. Toeslagen voor overwerk, verschoven uren, onregelmatigheid (waaronder feestdagtoeslag) en ploegentoeslag;
4. Toeslagen voor inconveniëntie (zoals koudetoeslag), consignatiedienst en behaalde diploma's;
5. Initiële loonsverhoging, hoogte en tijdstip als bij de opdrachtgever bepaald;
6. Éénmalige uitkering(en) indien en voor zover dit onderdeel uitmaakt van een in enig jaar overeengekomen initiële loonsverhoging bij de opdrachtgever en de payroll-medewerker op het moment van toekennen in dienst is van de payroll-onderneming;
7. Vaste éénmalige uitkering(en), zoals vaste eindejaars- en 13e maandsuitkeringen;
8. Kostenvergoeding(en): reizen, reiskosten, pensiekosten en andere kosten noodzakelijk vanwege de uitoefening van de functie;
9. Periodieken, hoogte en tijdstip als bij de opdrachtgever bepaald;
10. Vakantiedagen;
11. Vakantiebijslag;
12. Buitengewoon verlof;
13. Kort verzuim;
14. Feestdagen.

Bovendien was, in lijn met hetgeen de wetgever bij de Wet Flexibiliteit en zekerheid overwoog, maar verzuimde vast te leggen, het bepaalde in art. 7:691 BW niet van toepassing op de uitzendovereenkomst tussen payroller en werknemer. Het was de payrollwerkgever derhalve slechts toegestaan om gebruik te maken van de ketenregeling. De basis daarvoor werd wel in de eigen cao gelegd en was niet afhankelijk van de bij de opdrachtgever geldende flexibiliteit.

7. Conclusie

Kortom: de definitie van payrolling dient in het ontwerp-wetsvoorstel te worden herzien. De basis voor die herziening zou moeten worden gezocht in een vooraf en objectief vast te stellen exclusiviteit, in lijn met de praktijk van de gewenste dienstverlening.

Claimt een opdrachtgever rechten ten aanzien van een werknemer (exclusieve payroll), dan behoort die werknemer meer aan hem dan aan de payrollonderneming. In dat geval is een uitbreiding van de gelijke behandeling van de werknemer op zijn plaats. Die gelijke behandeling dient daarbij wel uitvoerbaar te blijven en niet onnodig complex en kostenverhogend. De oplossing daarvoor ligt in het benoemen van een limitatief aan loonelementen, die duidelijk afgebakend zijn. De huidige concept-wettekst zal er slechts toe leiden dat de gewenste flexibiliteit op andere wijze wordt gevonden, als gevolg waarvan uiteindelijk de werknemer slechter af is. Waar vaste

¹⁰ Waarbij elementen 1-9 benoemd waren als behorende tot de 'inlenersbeloning' in de zin van die cao en voor elementen 10-14 separaat gelijke behandeling werd voorgeschreven, in een ander artikel.

arbeidsverhoudingen worden opgedrongen als zij niet gewenst zijn, zal flexibiliteit via alternatieve routes gezocht worden. Voor schoolbesturen is payrollrolling in zijn huidige vorm, als het ontwerp-wetsvoorstel wordt aangenomen, per 2020 mogelijk niet meer beschikbaar. De noodzakelijke flexibiliteit kan dan worden gezocht in reguliere uitzendarbeid, maar dat brengt hogere kosten mee. Als de voortdurende kostendruk voor scholen aan die vergelijking wordt toegevoegd, is het evident dat men ook in het onderwijs op zoek gaat naar andere creatieve oplossingen, die de leraar als werknemer, platformwerker of zelfstandige nog verder buiten het sectorale bereik plaatst.

Integraal, maar nog niet collectief. Over de arbeidsvoorwaardelijke positie van IKC-medewerkers

Jorn de Bruin en Jochem Streefkerk¹

1. Het Integraal KindCentrum

Al decennia is een ontwikkeling gaande in het onderwijs en aanpalende sectoren waarbij sectoroverstijgende dienstverlening gepropageerd wordt en ook feitelijk tot stand komt. Midden jaren negentig ontstonden min of meer gelijktijdig in Groningen en Rotterdam intensieve samenwerkingsverbanden op "brede scholen". Deze brede scholen gaven niet alleen onderwijs, maar leverden ook voorzieningen op het gebied van welzijn en gezondheidszorg. De laatste jaren is de focus in het basisonderwijs meer komen te liggen op zogenaamde Integrale KindCentra (IKC's). In een IKC worden basisonderwijs en kinderopvang onder één (organisatorisch) dak gebracht en in meer of mindere mate integraal aangeboden. De sector is 'om'² en veel verschillende maatschappelijke actoren zetten zich in om het opzetten van een IKC te vergemakkelijken.

De afgelopen jaren is een groot aantal adviezen geschreven over een mogelijke wettelijke verankering van en basis voor IKC's.³ Ook lokale overheden stimuleren de totstandbrenging van IKC's, vooral door in de voorziening van onderwijshuisvesting rekening te houden met integraal werken. In de praktijk worden IKC's veelal georganiseerd vanuit verschillende rechtspersonen: één rechtspersoon houdt de onderwijsinstelling in stand en een andere rechtspersoon verzorgt kinderopvangactiviteiten. Desalniettemin is er een breedgedragen wens om te komen tot één rechtspersoon: immers alleen dan is sprake van één *integraal* IKC (één werkgever, één team, één taak⁴). Op verschillende terreinen zijn de hobbels voor volledige integratie reeds weggenomen of wordt daaraan gewerkt,⁵ maar op het terrein van cao's en pensioenaansluitingen (de zogenaamde

¹ Mr. J.W. de Bruin (arbeids- en pensioenrecht) en mr. J. Streefkerk (onderwijsrecht) zijn beiden verbonden aan het Team Kennis en Onderwijs van Van Doorne N.V.

² Uit een peiling, verricht door de PO-raad, volgt dat ongeveer driekwart van de schoolbesturen interesse heeft in het opzetten van een IKC, maar hierbij aanloopt tegen belemmerende regels:

<https://www.poraad.nl/nieuws-en-achtergronden/peiling-ikc-vorming-geremd-door-woud-van-regels>.

³ Zie bijvoorbeeld: 'Kindcentra 2020, een realistisch perspectief' van de Regiegroep Kindcentra 2020 uit oktober 2015 (<http://www.kindcentra2020.nl/sites/default/files/files/Boek-Kindcentra-2020.pdf>), het advies van de SER 'Gelijk goed van start' uit januari 2016.

(https://www.ser.nl/~media/db_adviezen/2010_2019/2016/gelijk-goed-van-start.ashx; *Kamerstukken II* 2015-2016, 31 322, nr. 308, bijlage) en het advies van de 'Taskforce samenwerking onderwijs en kinderopvang' genaamd 'Tijd om door te pakken in de samenwerking tussen onderwijs en kinderopvang' dat in opdracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap werd opgesteld uit maart 2017.

(<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2017/03/27/advies-taskforce-samenwerking-onderwijs-en-kinderopvang/advies-taskforce-samenwerking-onderwijs-en-kinderopvang.pdf>; *Kamerstukken II* 2016-2017, 31 322, nr. 330).

⁴ De overeenkomst met de wervingsslogan voor Defensie heeft uiteraard geen inhoudelijke basis.

⁵ Zo heeft demissionair minister Asscher in juni 2017 aangegeven een werkgroep op te zetten die onderzoek gaat doen naar de fiscaal juridische houdbaarheid van modellen die IKC's hanteren voor BTW-afdracht. Vgl. *Kamerstukken II* 31 322, nr. 373, p. 8. Inmiddels is op dit onderwerp ook een handreiking in de maak. Ook met betrekking tot vragen op het gebied van medezeggenschap, huisvesting, governance en extern toezicht zijn in de praktijk werkbare (doch niet altijd even praktische) antwoorden gevonden. Zie bijvoorbeeld

'verplichtstelling') blijven nog onoverkomelijke (juridische) belemmeringen voor volledig integraal werken bestaan.

In deze bijdrage staan wij stil bij het antwoord op de vraag waarom IKC's graag georganiseerd willen zijn binnen één rechtspersoon. Daarnaast bespreken wij de overlap die zou kunnen ontstaan gelet op de werkingssfeerbepalingen van de relevante collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) en de overlap die zou kunnen ontstaan op het gebied van verplichtstellingen. Daarbij bieden wij ook telkens een doorkijk naar de denkbare oplossingen. Door deze problematiek te bezien vanuit het verplichtstellingsperspectief treden wij wellicht iets buiten het bestek van deze bundel, die immers betrekking heeft op cao's. Onzes inziens is deze toevoeging echter nodig voor een adequate en volledige bespreking van de voorliggende problematiek.

Centraal in deze bijdrage staat het IKC. Dat neemt niet weg dat de problematiek van overlappen in cao-werkingssferen en pensioenverplichtstellingsbesluiten breder speelt. Dit type rechtspositionele vragen kan ook opkomen bij groepsvorming in het algemeen, of andere vormen van intersectorale samenwerking, denk bijvoorbeeld aan instellingen die zowel onderwijs verzorgen, als jongerenwerk organiseren. Of een samenwerkingsverband voor passend onderwijs, dat intensief samenwerkt met jeugdhulporganisaties.

2. De wens van één rechtspersoon

De onderbrenging van kinderopvang en onderwijs in één rechtspersoon (doorgaans een stichting) stuit op praktische bezwaren, gelet op de geldende cao's en verplichtstellingsbesluiten (zie paragraaf 5). Dit heeft verschillende consequenties voor onder meer de integrale aansturing van een IKC, de financiële exploitatie en de administratieve druk.

- De effectieve exploitatie van een IKC wordt bemoeilijkt doordat besluitvorming die betrekking heeft op integrale activiteiten telkens formeel in twee verschillende rechtspersonen plaats dient te vinden.
- De exploitatie van kinderopvang en basisonderwijs vanuit twee geschieden rechtspersonen brengt extra (administratieve) planningslasten met zich.
- Opleidings- en doorstroomtrajecten voor medewerkers *binnen* IKC's worden belemmerd. Docenten en pedagogisch medewerkers voelen zich onderdeel van één organisatie, maar zijn in dienst van verschillende rechtspersonen. Die scheiding belemmert vloeiende carrièrelijnen van individuele medewerkers en teamvorming binnen het collectief.
- Voor nieuwe werknemers is op dit moment niet onmiddellijk duidelijk welke set van cao-bepalingen en welke pensioenregeling op hen van toepassing is, met name waar het stafmedewerkers betreft. Samenwerkende IKC-partners kunnen immers 'kiezen' bij welke rechtspersoon zij de nieuwe medewerker in dienst nemen: de onderwijsrechtspersoon of de opvangrechtspersoon.

Een doorlopende leerlijn voor kinderen van nul tot en met twaalf jaren veronderstelt dat personeel dat betrokken is bij de uitvoering van kinderopvangactiviteiten ook betrokken zal zijn bij onderwijsactiviteiten en vice versa. De overlap van cao's kan in voorkomende gevallen leiden tot

Brekelmans & Sperling 2017, *Advies medezeggenschap in integrale kindcentra*. Wet- en regelgeving zouden nog veel meer kunnen faciliteren.

(ongerechtvaardigde en steeds minder uitlegbare) verschillen op de werkvloer, terwijl het personeel zich wel voor hetzelfde doel inzet.

Bovenstaande redenen maken dat de belemmeringen, die nu worden opgeworpen door collectieve arbeidsvoorwaardelijke regelingen, onzes inziens weggenomen zouden moeten worden. Daarbij wijzen we erop dat in meer algemene zin geldt dat een overlap in werkingssferen van algemeen verbindend te verklaren cao's of binnen verplichtstellingsbesluiten – om voor de hand liggende redenen – ook vanuit het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid als ongewenst wordt ervaren.⁶

3. Overlap in cao's

Cao PO

Alle bijzondere onderwijsinstellingen, die aangesloten zijn bij de PO-raad, zijn op grond van artikel 9 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet cao) verplicht tot het toepassen van de arbeidsvoorwaarden uit de Collectieve arbeidsovereenkomst voor het Primair Onderwijs (cao PO) op het personeel dat onder de werkingssfeer van deze cao valt. Alle openbare onderwijsinstellingen, die aangesloten zijn bij de PO-raad, zijn op grond van de lidmaatschapsvereisten van de PO-raad (en de daarin besloten liggende binding langs de weg van artikel 2:46 BW) gehouden de bepalingen van de cao PO vast te stellen als rechtspositionele regeling. Daarnaast zijn de onderwijsinstellingen die de cao PO hebben geïncorporeerd in hun arbeidsvoorwaardenhuis ook gehouden tot toepassing van de arbeidsvoorwaarden uit de cao PO.⁷ Omdat de bepalingen van de cao PO niet algemeen verbindend verklaard worden, zijn de onderwijsinstellingen die niet voldoen aan voornoemde voorwaarden, niet gehouden tot toepassing van de cao PO. Het overgrote deel van de onderwijsorganisaties is evenwel aangesloten bij de PO-raad.

In essentie luidt de werkingssfeer van de cao PO als volgt: *“Deze cao is van toepassing op personeel werkzaam in de sector primair onderwijs indien en voor zover de regelgeving voortvloeiende uit de Wpo/Wec op de werkzaamheden van toepassing is en/of dat direct of indirect aan een gelieerde rechtspersoon van de werkgever (hier vallen ook samenwerkingsverbanden onder) mede wordt bekostigd door de Ministerie van OCW...”*⁸ Zou het kinderopvangpersoneel en het onderwijspersoneel in dienst zijn van één rechtspersoon, dan staat vast dat het onderwijspersoneel onder deze werkingssfeer valt.

Voor kinderopvangpersoneel in dienst van de rechtspersoon die de school in stand houdt is twijfelachtiger of zij onder de werkingssfeer van de cao PO vallen: dit personeel wordt immers niet bekostigd door het Ministerie van OCW, maar valt verdedigbaar wel onder de werkingssfeer van de

⁶ Zowel het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (Toetsingskader AVV; vgl. onder randnummer 6.2; 'ten aanzien van de werkingssfeer') als het Beleidsregels Toetsingskader Wet BPF 2000 (Toetsingskader Wet BPF 2000; vgl. onder randnummer 2; 'overlapping van werkingssferen') beogen overlap in werkingssfeerbepalingen tegen te gaan. Beide toetsingskaders geven aan dat van verplichte oplegging geen sprake kan zijn als de werkingssfeerbepalingen overlappen met werkingssferen van andere verplichte collectieve arbeidsvoorwaardelijke regelingen.

⁷ Zie voor een meer gedetailleerde beschrijving van de werking van het cao-recht, onze andere bijdrage in deze bundel *Ontwaakt bestuurders van het onderwijs!*.

⁸ Artikel 1.4 cao PO.

Wet op het primair onderwijs (Wet PO). De Wet PO definieert personeel immers onder andere als het personeel dat benoemd of tewerkgesteld is in een andere functie dan het geven van onderwijs.⁹ Het komt dan aan op het antwoord op de vraag of het kinderopvangpersoneel werkzaam is in de sector primair onderwijs. Nu het IKC in elk geval actief is in die sector, sluiten wij niet uit dat het antwoord op die vraag bevestigend zal luiden.¹⁰

Cao KO¹¹

In tegenstelling tot de cao PO wordt de bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst Kinderopvang voor Kindercentra en Gastouderbureaus (cao KO) wel algemeen verbindend verklaard.¹² Dat betekent dat alle werkgevers die onder de werkingssfeer van de cao KO vallen wettelijk verplicht zijn tot naleving van de arbeidsvoorwaarden uit die cao voor al het personeel dat bij hen in dienst is en onder de werkingssfeer valt. De cao KO is "*van toepassing op ondernemingen [waaronder wordt verstaan: elk als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband] die tegen vergoeding kinderopvang verzorgen.*"¹³ Zodra een rechtspersoon dus kinderopvangactiviteiten aanbiedt, wordt daarmee de cao KO van toepassing. De werkingssfeer bevat echter ook een uitzondering – een "carve-out" – voor de werkgever die naast kinderopvangactiviteiten ook andere diensten tegen vergoeding aan derden aanbiedt. Voor dat gedeelte van het personeel "*kan die werkgever de op die andere diensten van toepassing zijnde collectieve arbeidsvoorwaardenregeling toepassen.*"¹⁴ Dit biedt IKC-partners dus de mogelijkheid om de cao PO te blijven toepassen op het onderwijspersoneel en de cao KO toe te passen op het kinderopvangpersoneel. Hieraan kleven echter twee nadelen:

- Van volledig integraal werken is geen sprake nu sprake is van een arbeidsvoorwaardelijke scheiding onder het personeel (dit houdt 'bloedgroepen' binnen de organisatie in stand).
- Voor bepaalde functies, met name staffuncties, kan onduidelijk blijven in hoeverre zij werkzaam zijn ten behoeve van de kinderopvangactiviteiten of ten behoeve van de onderwijsactiviteiten. Denk aan een personeelsadministrateur of een financieel controller.

⁹ Vgl. artikel 1 Wet PO.

¹⁰ Het begrip 'personeel' in de onderwijswetten wordt traditioneel uitgelegd als het onderwijzend personeel, aangevuld met het niet-onderwijzend (ondersteunend) personeel. Naar de letter van de wet kan daar ook prima personeel onder vallen dat opvangactiviteiten verzorgt. Dat zou een interessante beweging zijn, omdat hiermee de betekenis van wet- en regelgeving als het ware wordt opgerekt door de praktijk. Gelet op het feit dat wijziging van wet- en regelgeving, dan wel van cao's, op de praktijk achterloopt (zie alleen al het rapport van de Taskforce samenwerking onderwijs en kinderopvang van 27 maart 2017), is dat een werkwijze waar de onderwijspraktijk soms niet zonder kan.

¹¹ Naast de cao KO kent de sector kinderopvang een sociaal fonds, waaraan de deelname verplicht is als gevolg van een algemeenverbindendverklaring (*Stcrt.* 2017, 72726). De duur van de huidige algemeenverbindendverklaring verstrijkt op 31 december 2018. Naar wij aannemen zullen sociale partners voor dat moment een nieuw verzoek tot algemeenverbindendverklaring hebben gedaan. Deze cao laten wij verder onbesproken, zij het dat de werkingssfeerbepalingen nagenoeg gelijk zijn aan de werkingssfeerbepalingen uit de cao KO.

¹² Zie voor de meest recente algemeenverbindendverklaring van de bepalingen van de cao KO, *Stcrt.* 2016, 31887. De duur van deze algemeenverbindendverklaring verstreek op 31 december 2017. Op 30 mei 2018 bereikten sociale partners een onderhandelingsresultaat, dat op 26 juni 2018 werd ondertekend. Een uitgewerkte cao-tekst zagen wij nog niet. Deze is in elk geval nog niet aangemeld bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Naar wij aannemen is dat echter een kwestie van tijd en zullen sociale partners, net zoals in het verleden, verzoeken om algemeenverbindendverklaring.

¹³ Artikel 1.2 lid 1 cao KO.

¹⁴ Artikel 1.2 lid 2 cao KO.

Zou een IKC graag op haar personeel – dus ook haar kinderopvangpersoneel – de cao PO willen toepassen, dan biedt de cao KO de mogelijkheid om sociale partners te verzoeken om een ontheffing.¹⁵ De praktijk leert dat de sociale partners in beginsel niet bereid zijn een ontheffing te verlenen. Aannemende dat sociale partners een dergelijk ontheffingsverzoek inderdaad afwijzen, bestaan er vrijwel geen mogelijkheden voor het IKC om haar personeel min of meer gelijk te behandelen. De cao KO is namelijk een standaard-cao:¹⁶ dat wil zeggen dat een werkgever niet mag afwijken van de arbeidsvoorwaarden uit de cao (niet in het nadeel maar ook niet in het voordeel van de werknemer). Het staat het IKC gedurende de perioden van algemeenverbindendverklaring van de cao KO dus vermoedelijk niet vrij om de cao PO toe te passen op haar kinderopvangpersoneel, nu de cao KO een standaard-cao is en een ontheffing hoogstwaarschijnlijk ontbreekt.

Cao Sociaal Werk

Tot slot is er nog de cao Sociaal Werk, Welzijn & Maatschappelijke Dienstverlening (cao Sociaal Werk). Deze cao is onder andere van toepassing op werkgevers die peuterspeelzaalwerkactiviteiten verrichten. Ook de bepalingen van de cao Sociaal Werk worden algemeen verbindend verklaard.¹⁷ Als gevolg zijn werkgevers die onder de werkingssfeer vallen van de cao Sociaal Werk, wettelijk verplicht de arbeidsvoorwaarden uit deze cao toe te passen op het personeel dat onder de werkingssfeer van de cao Sociaal Werk valt.

De cao Sociaal Werk *"is van toepassing op (...) Instellingen en/of organisaties (of delen ervan) die activiteiten verrichten en/of voorzieningen hebben met als doel het bevorderen van de sociale samenhang, participatie in de maatschappij en zelfredzaamheid van de burger, [waaronder wordt verstaan] (...) peuterspeelzaalwerk: het bieden van speel- en/of aanvullende ontwikkelingsmogelijkheden aan kinderen in de leeftijd vanaf 2 jaar tot aan het moment waarop zij basisonderwijs kunnen volgen, gedurende minder dan 4 aaneengesloten uren per dag."*¹⁸ Het lijkt aannemelijk dat IKC's ook onder deze werkingssfeer vallen. In dat geval is er dus een wettelijke plicht voor het IKC om alle arbeidsvoorwaarden uit de cao Sociaal Werk toe te passen op alle werknemers (dus ook op het onderwijspersoneel). Daarbij komt dat de cao Sociaal Werk – net als de cao KO – een standaard cao is. Afwijkingen zijn dus alleen toegestaan waar de cao dat expliciet bepaalt.¹⁹ De cao Sociaal Werk kent – opnieuw net als de cao KO – een ontheffingsregeling, maar het blijft dan de vraag of sociale partners in dat geval bereid zijn het IKC de verzochte ontheffing te verlenen. Terzijde noteren we nog dat de cao KO en de cao Sociaal Werk ook onderling een overlap in werkingssferen bevatten. De sociale partners betrokken bij die cao's lijken dat te onderkennen,

¹⁵ Vgl. artikel 1.4.1 lid 1 cao KO.

¹⁶ Het voorwoord van de cao KO (niet algemeen verbindend verklaarde versie) bepaalt het volgende: "Van de bepalingen in de CAO kan noch ten nadele noch ten voordele worden afgeweken, tenzij in een bepaling expliciet is opgenomen dat met instemming van de OR of PVT (of bij het ontbreken ervan het personeel) het mogelijk is om binnen de gestelde kaders afwijkende afspraken te maken."

¹⁷ Zie voor de meest recente algemeenverbindendverklaring van de bepalingen van de cao Sociaal Werk, *Stcrt.* 2018/11725.

¹⁸ Artikel 1.1 onder 2 sub a cao Sociaal Werk.

¹⁹ Vgl. artikel 1.3 onder D cao Sociaal Werk: Maatwerkafspraken kunnen worden gemaakt in overleg tussen werkgever en OR of PVT of bij het ontbreken ervan de Personeelsvergadering, alleen waar dit in de tekst wordt aangegeven.

zijn hierover in gesprek en verkennen de mogelijkheden om te komen tot één cao Kindvoorzieningen.²⁰ Dit neemt het probleem met overlap met de cao PO echter niet weg.

Tussenconclusie

De hierboven beschreven overlap in werkingssferen die ontstaat wanneer één rechtspersoon én onderwijs én kinderopvang/peuterspeelzaalwerk aanbiedt, heeft in de praktijk tot gevolg dat opvang- en onderwijsorganisaties onvoldoende ruimte ervaren om volledig (dat wil zeggen: vanuit één rechtspersoon) integraal te functioneren. Idealiter wordt die belemmering weggenomen.

4. Doorkijk oplossingsrichtingen voor cao-problematiek

Om een overlap van cao's in een IKC te voorkomen cq. weg te nemen zijn verschillende oplossingsrichtingen denkbaar.

- Een uitzonderingsbepaling in de cao KO / Sociaal Werk. Deze "carve out-bepaling" zou moeten bepalen dat werkgevers de cao Kinderopvang / cao Sociaal Werk niet hoeven toe te passen op personeel dat werkzaam is in een IKC. Voor hen geldt dan de cao PO.
- Een "carve out-bepaling" in de cao PO. Dit betreft het spiegelbeeld van de vorige oplossingsrichting.
- Het overeenkomen van een geheel nieuwe "cao IKC", die kan worden toegepast op het personeel van IKC's (waarbij uiteraard nog steeds moet worden voorkomen dat de cao PO en cao KO / cao Sociaal Werk van toepassing zijn, anders ontstaat alleen maar meer overlap). Het overeenkomen van een aparte cao IKC zal veel tijd in beslag nemen. Bovendien kunnen wij ons voorstellen dat het aantal IKC's op dit moment nog niet rechtvaardigt dat een volledig eigen cao gesloten wordt. Over een aantal jaren zal dat naar alle waarschijnlijkheid anders zijn.
- Gescheiden toepassing van de cao KO / cao Sociaal Werk en cao PO naast elkaar, bij voorkeur met een schriftelijke toelichting van sociale partners. Dit is vanuit het perspectief van de IKC's bezien niet de meest wenselijke oplossing: het gescheiden toepassen van de cao Kinderopvang / cao Sociaal Werk en cao PO naast elkaar stimuleert integraal werken immers niet. Overigens is het de vraag of een schriftelijke toelichting van sociale partners volledige duidelijkheid kan brengen: voor bepaalde functies – zoals staffuncties – kan het onduidelijk blijven onder welke arbeidsvoorwaardelijke regeling zij vallen.

Ter voorkoming van discussie lijkt de meest zuivere vorm van een carve-out een wederkerige carve-out. Daarbij kan op lokaal niveau een keuze gemaakt worden (bijvoorbeeld met instemming van de GMR) voor toepassing van één van de arbeidsvoorwaardelijke regelingen op al het personeel. Uiteindelijk is het vanzelfsprekend aan betrokken sociale partners. Zij gaan immers over de afbakening van de werkingssferen.²¹

²⁰ Het onderhandelingsresultaat cao Sociaal Werk van 12 juli 2017 bevat de volgende tekst: "Als gevolg van de harmonisatie met kinderopvang op het gebied van kwaliteit werken cao-partijen samen met de partijen bij de Cao Kinderopvang aan de harmonisatie van de kwalificatie-eisen en volgen, gezamenlijk, de ontwikkelingen op het brede terrein van de Kindvoorzieningen. Op dit moment wijzigt de cao niet voor wat betreft werkingssfeer, functienaam en kwalificatie-eis. Indien nodig zullen partijen gedurende de looptijd de cao hierop aanpassen. Wat betreft de toepasselijke arbeidsvoorwaarden zijn cao-partijen in gesprek met andere partijen over de mogelijkheden om te komen tot een cao Kindvoorzieningen."

²¹ Vgl. Toetsingskader AVV, onder randnummer 7: "Belangrijke uitgangspunten in het cao- en avv-beleid zijn de eigen verantwoordelijkheid van cao-partijen voor de afbakening van de werkingssfeer en dat dispensatie

5. Overlap in verplichtstellingen

Bij pensioenaansluitingen speelt een vergelijkbare problematiek, zij het dat het aantal mogelijk toepasselijke pensioenregelingen beperkter is, namelijk ofwel de pensioenregeling, uitgevoerd door Stichting Pensioenfonds ABP (ABP) ofwel de pensioenregeling, uitgevoerd door Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn (PFZW). Allereerst geven wij een korte toelichting op de systematiek van verplichtstelling.

Arbeidsvoorwaardelijke bepalingen over deelname in pensioenregelingen worden niet algemeen verbindend verklaard.²² Voor een pensioenregeling geldt dat niet de regeling zelf als verplichte arbeidsvoorwaarde wordt opgelegd, maar dat de deelname in een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds voor een volledige bedrijfstak wordt verplichtgesteld. Deze rechtsfiguur wordt beheerst door de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet BPF 2000) en de daarop gebaseerde lagere regelgeving.²³ Gekozen werd voor een aparte rechtsfiguur vanwege de meer structurele aard van pensioenregelingen als arbeidsvoorwaarde.²⁴ Daarnaast biedt de Wet BPF 2000 de mogelijkheid om niet alleen werknemers te binden, maar ook andere personen die werkzaam zijn in de bedrijfstak (zoals zelfstandigen).²⁵ De verplichtstellingssystematiek vertoont grote gelijkenis met de systematiek van de Wet AVV. Het georganiseerd bedrijfsleven – de sociale partners in een bedrijfstak – kunnen de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verzoeken de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen voor een bedrijfstak.²⁶ De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zal een dergelijk verzoek toetsen en melding van dat verzoek maken in de Staatscourant. Derde partijen kunnen tegen een dergelijk verzoek zienswijzen indienen.²⁷ Vertegenwoordigt het georganiseerd bedrijfsleven naar oordeel van de minister een belangrijke meerderheid en is voldaan aan de overige voorwaarden, dan zal hij besluiten tot verplichtstelling.²⁸ Het rechtsgevolg daarvan is dat alle werknemers en hun werkgevers (alsmede eventuele zelfstandigen) de statuten en reglementen, en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het verplichtgesteld

zoveel mogelijk door cao-partijen zelf wordt geregeld, teneinde voor de desbetreffende sector maatwerk te realiseren."

²² Vgl. Toetsingskader AVV, onder randnummer 4.3, sub 4: "Pensioenen zijn voorzieningen met een eigen, door de Pensioenwet bepaald regime. Voor pensioenen bestaat analoog aan het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen de 'verplichte deelname' op basis van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Dit geldt ook voor afspraken over aanvullende sociale zekerheid op het gebied van arbeidsongeschiktheid met een meer structureel karakter die vallen onder de definitie van pensioen in artikel 1 van de Pensioenwet."

²³ Zonder volledig te willen zijn, zijn met name het vrijstellings- en boetebesluit Wet BPF 2000 en het Toetsingskader Wet BPF 2000 relevant.

²⁴ De tekst van Toetsingskader AVV, onder randnummer 4.3, sub 4 ademt deze gedachte nog steeds. Zie voetnoot [22].

²⁵ Van die mogelijkheid wordt overigens maar mondjesmaat gebruik gemaakt: zelfstandige schilders nemen verplicht deel in de pensioenregeling, uitgevoerd door Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf en zelfstandige stukadoors nemen verplicht deel in de pensioenregeling, uitgevoerd door Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid.

²⁶ Vgl. artikel 2 lid 1 Wet BPF 2000.

²⁷ Vgl. artikel 16 lid 2 Wet BPF 2000. Het betreft hier overigens niet zienswijzen in bestuursrechtelijke zin.

²⁸ Dergelijke verplichtstellingsbesluiten worden gepubliceerd in de Staatscourant (vgl. artikel 16 lid 1 Wet BPF 2000). Feitelijk bevatten dergelijke verplichtstellingsbesluiten alleen werkingssfeerbepalingen. Een overzicht van de geldende verplichtstellingsbesluiten is te vinden op www.cao.minszw.nl.

bedrijfstakpensioenfondsen moeten naleven.²⁹ Die reglementen – waaronder het pensioenreglement – bevatten de beschrijving van de pensioenregeling. PFZW is het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor de zorg- en welzijnsector.³⁰ En hoewel ooit was voorzien dat ABP ook volledig zou gaan functioneren als verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds³¹ is het nooit zover gekomen. De grondslag voor de verplichte deelneming in de pensioenregeling, uitgevoerd door ABP, ligt dus nog altijd vast in de Wet privatisering ABP (Wet ABP).³² Dat neemt overigens niet weg dat delen van de Wet BPF 2000 wel van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op ABP.³³

ABP

Op grond van artikel 21 Wet ABP zijn alle overheidswerknemers gehouden tot deelname in de pensioenregeling van ABP. Artikel 2 Wet ABP bepaalt dat overheidswerknemers onder andere zijn diegenen die in dienst zijn van een rechtspersoon "*indien de personeelskosten hiervan voor ten minste 51 procent door de overheid worden vergoed ingevolge een regeling houdende voorwaarden voor bekostiging*". Nu het aannemelijk is dat een IKC ten minste voor 51% van overheidswege bekostigd zal zijn, betekent dat dat alle medewerkers van het IKC dienen deel te nemen in de pensioenregeling, uitgevoerd door ABP.

PFZW

De werkingssfeer van PFZW ligt besloten in haar verplichtstellingsbesluit.³⁴ Dat bepaalt – voor zover hier relevant – dat de deelneming in PFZW verplicht is gesteld voor de "*werkgever in het welzijnswerk en de maatschappelijke dienstverlening*" en de "*werkgever in de kinderopvang*".³⁵ Het verplichtstellingsbesluit bevat geen hoofdzaakcriterium.³⁶ Wanneer een IKC enige kinderopvangactiviteiten of peuterspeelzaalwerkactiviteiten ontplooit, is daarmee gegeven dat – in

²⁹ Vgl. artikel 4 Wet BPF 2000.

³⁰ Het meest recente verplichtstellingsbesluit is gepubliceerd in *Stcrt.* 2018/27479.

³¹ Artikel 21 lid 3 Wet ABP getuigt nog steeds van die intentie. Dat ABP nooit volledig onder de werkingssfeer van de Wet BPF 2000 is gebracht heeft alles te maken met de afspraken die sociale partners en de overheid hebben gemaakt op het moment dat het toenmalige Algemeen Burgerlijke Pensioenfonds in 1996 werd geprivatiseerd.

³² Vgl. artikel 21 lid 1 juncto artikelen 2 en 3 Wet ABP.

³³ Vgl. artikel 21 lid 4 Wet ABP.

³⁴ Het meest recente verplichtstellingsbesluit is gepubliceerd in *Stcrt.* 2018/27479.

³⁵ Deze definities worden verder uitgewerkt als volgt: "g. werkgever in het welzijnswerk en de maatschappelijke dienstverlening: de rechtspersoon die de inkomsten geheel of ten dele direct of indirect ontvangt uit zorgverzekeringen of van de overheid en die, al dan niet met winstoogmerk, voor meer dan 50% van de inkomsten maatschappelijke zorg of hulp verleent in een van de volgende vormen: (...) 2. Peuterspeelzaalwerk het bieden van speel- en/of aanvullende ontwikkelingsmogelijkheden aan kinderen in de leeftijd vanaf 2 jaar tot aan het moment waarop zij basisonderwijs kunnen volgen, gedurende minder dan 4 aaneengesloten uren per dag." En: "h. werkgever in de kinderopvang: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die: 1. tegen vergoeding kinderopvang verzorgt voor kinderen van 0 jaar tot en met het einde van de basisschoolleeftijd en/of 2. tegen vergoeding bemiddelende en/of begeleidende en/of ondersteunende diensten verricht ten behoeve van kinderopvang;"

³⁶ Veel collectieve arbeidsvoorwaardelijke regelingen bevatten een zogenaamd hoofdzaakcriterium in hun werkingssfeerbepaling. Als dat het geval is, dan valt de werkgever slechts onder de werkingssfeer wanneer deze een bepaalde activiteit in hoofdzaak verricht. Sociale partners trachten op deze manier doorgaans een overlap in werkingssferen van collectieve arbeidsvoorwaardelijke regelingen tegen te gaan (al mondt dit in de praktijk regelmatig uit in discussie over de vraag aan de hand waarvan – bijvoorbeeld gewerkte manuren, omzet of bekostiging van overheidswege – bepaald moet worden of voldaan is aan het hoofdzaakcriterium).

elk geval naar de letter van het verplichtstellingsbesluit – alle medewerkers van het IKC dienen deel te nemen in de pensioenregeling, uitgevoerd door PFZW.

Tussenconclusie

Het is evident dat deze overlap in werkingssfeerbepalingen niet zou moeten bestaan. Immers, geen van de betrokken partijen wordt beter van dubbele pensioenopbouw. Voor de medewerker – en overigens ook alle andere personen die pensioen hebben opgebouwd onder de desbetreffende pensioenregeling – zou het betekenen dat zijn pensioenopbouw fiscaal bovenmatig wordt, hetgeen betekent dat de sanctie van artikel 19b Wet op de loonbelasting 1964 intreedt. Dat betekent dat de pensioenaanspraken direct belast zijn, dat daarover een revisierente van 20% wordt geheven en dat de pensioenopbouw voortaan zal worden betrokken in de vermogensrendementsheffing van box 3. Dit nadeel treft dus niet alleen de medewerker van het IKC, maar alle deelnemers aan de fiscaal bovenmatige pensioenregeling.³⁷ Reeds daarom zullen ABP en PFZW een dergelijke situatie ook willen voorkomen. Het spreekt voor zich dat het IKC dat geconfronteerd wordt met dubbele pensioenpremielasten evenmin baat heeft bij deze situatie.

Tegenover deze nadelen staan de aansprakelijkheidsrisico's voor ABP en PFZW. Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds mag niet 'onverkort' uitgaan van het principe "*geen premie, geen recht*". Zij voeren immers krachtens wettelijke opdracht de pensioenregelingen uit voor hun respectieve bedrijfstakken.³⁸ Bovendien staat toepassing van dat principe haaks op de systematiek van de Wet BPF 2000.³⁹ Zou het het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds toch toegestaan zijn om zich te beroepen op dat principe, dan kan dat leiden tot ernstige ondergraving van de verplichtstelling zelf.⁴⁰ Dit heeft tot gevolg dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds op zoek zal gaan naar werkgevers die onder zijn werkingssfeer ressorteren, om zodoende te borgen dat alle verschuldigde premies voldaan worden.⁴¹ Dit juridisch kader heeft tot gevolg dat niet alleen de werknemer of diens vakorganisatie het IKC zou kunnen aanspreken op een onjuiste pensioenaansluiting, maar dat het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds ook zelf in actie zal komen. Het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds dat een niet-aangesloten werkgever vindt, kan over het verleden premiebetaling met terugwerkende kracht verlangen. De risico's kunnen dus bijzonder materieel zijn.

³⁷ Het is overigens nog wel de vraag hoe bepaald zou moeten worden welke pensioenregeling de fiscaal bovenmatige pensioenregeling is. Die van ABP of die van PFZW?

³⁸ Vgl. *Kamerstukken II* 2005-2006, nr. C, p. 15.

³⁹ Vgl. *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 63.

⁴⁰ Vgl. *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 44.

⁴¹ Een treffend voorbeeld van de risico's die de verplichtstelling voor het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zelf met zich brengt, is de uitspraak van de Hoge Raad waarin het bedrijfstakpensioenfonds voor de vervoerssector wordt veroordeeld tot toekenning van pensioenaanspraken aan een deelnemer voor wie – in elk geval over een specifiek tijdvak – geen premies zijn afgedragen: HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, *JAR* 2012/70. Zie voor een meer uitgebreide bespreking van deze problematiek: J.W. de Bruin, 'de premiebetaling' in E. Lutjens, *Pensioenwet, analyse en commentaar*. Kluwer: Deventer 2013, p. 379 e.v..

6. Doorkijk oplossingsrichtingen voor verplichtstellingsproblematiek

Om een overlap in verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen te voorkomen zijn verschillende oplossingsrichtingen denkbaar.

- Een uitzonderingsbepaling in het verplichtstellingsbesluit van PFZW. Deze "carve out-bepaling" in de het verplichtstellingsbesluit van PFZW bepaalt dan dat werkgevers de cao Kinderopvang/Sociaal Werk niet hoeven toe te passen op personeel dat werkzaam is in een IKC.
- Een "carve out-bepaling" door middel een wijziging in de Regeling beperking van het zijn van overheidswerknemer in de zin van de Wet privatisering ABP. Dit betreft het spiegelbeeld van de vorige oplossingsrichting. Dit vergt medewerking van de Minister van Binnenlandse Zaken.
- Een wederzijds ruimhartig vrijstellingenbeleid,⁴² waarbij organisaties feitelijk zelf een keuze hebben. Hieraan kleven onder de huidige stand van wet- en regelgeving en jurisprudentie aansprakelijkheidsrisico's voor beide fondsen, nu de keuze op lokaal niveau dan maatgevend is. Door het betrekken van de GMR kunnen dergelijke risico's beperkt worden. Wel maakt dit systeem dat alsnog (beperkte) concurrentie op arbeidsvoorwaarden mogelijk is (wat de wetgever nou juist beoogde tegen te gaan met het systeem van verplichtstelling). Die concurrentie op arbeidsvoorwaarden is overigens maar beperkt, nu de pensioenregelingen van ABP en PFZW relatief gelijkwaardig zijn.
- Gescheiden toepassing van de PFZW en ABP naast elkaar, bij voorkeur met een schriftelijke toelichting van sociale partners. Dit is niet de meest duidelijke oplossing, maar vergt geen wijziging in wetgeving.

De eerste en tweede oplossingsrichting bieden de meeste duidelijkheid, maar vergen wijzigingen in wet- en regelgeving, nog los van de vraag of sociale partners hiertoe bereid zijn. Een wederzijdse verduidelijking van de werkingssfeerbepalingen in de vorm van een toelichting van sociale partners tornt niet aan de bestaande verhoudingen en is mogelijk op korte termijn realiseerbaar. De praktijk zou daar mee gebaat zijn. Op langere termijn zou gedacht kunnen worden aan een meer structurele oplossingsrichting, een en ander afhankelijk van het succes van IKC's. In dat geval kan ook voor pensioenregelingen gedacht worden aan een wederkerige carve-out, zodat op lokaal niveau een keuze gemaakt kan worden.

7. Afsluiting

Praktijk en wetgeving houden verschillende ritmes aan, ook wanneer het aankomt op veranderingen in de manier waarop onderwijs wordt aangeboden en wat 'onderwijs' nog eigenlijk betekent. Ten aanzien van het cao- en pensioenvraagstuk binnen IKC's speelt echter een extra bijzonderheid. Het is de sector zelf, verenigd in en vertegenwoordigd door de sociale partners, die op de praktijk toegesneden regulering mogelijk kan maken. Het enige wat de werkgevers- en werknemersverenigingen daarvoor hoeven te doen is het door hen te behartigen belang iets breder op te vatten, zoals de praktijk dat ook al doet. Van integraal werken naar collectief onderhandelen.

⁴² Strikt genomen is bij ABP niet sprake van een vrijstelling, althans niet in de zin van artikel 13 Wet BPF 2000. Dat artikel is immers niet van overeenkomstige toepassing verklaard op ABP. Een de facto vergelijkbaar alternatief kan wel bereikt worden door in de Regeling beperking van het zijn van overheidswerknemer in de zin van de Wet privatisering ABP personen die in dienst zijn van een IKC (nader te definiëren), die deelnemen in de pensioenregeling van PFZW, niet te kwalificeren als overheidswerknemer in de zin van de Wet ABP.

En het geval wil dat de docenten, medewerkers en bestuurders die nu al integraal werken, toevallig ook een stem hebben in de organisaties die voor hen opkomen in de onderhandelingen.

Dit is natuurlijk makkelijker gezegd dan gedaan, dat realiseren we ons. Maar het is wel de enige manier om in onze gekoesterde polder tot resultaten te komen waar de IKC-praktijk iets aan heeft. En gelet op de snelheid van de wetgever ook een efficiëntere manier. Bovendien valt niet uit te sluiten dat andere sectorafbakeningen ook (verder) zullen vervagen. Bijvoorbeeld doordat andere voorzieningen (cultuur, sport, bibliotheek) op termijn zullen worden ondergebracht in (van oudsher) onderwijsinstellingen. Dat maakt het vraagstuk nog groter en zou in de toekomst om nog meer flexibiliteit en creativiteit van sociale partners vragen. Een beweging die zowel juridisch als maatschappelijk de moeite van het volgen waard is.

De positie van de bestuurder in de (onderwijs)cao

Gilles Raaijmakers¹

1. Inleiding

Op 29 maart 2018 dienden de Kamerleden Kwint en Beertema een motie in (hierna: 'de motie') waar de regering werd verzocht om alle salarissen, inclusief die van bestuurders in het onderwijs, onder te brengen in de onderwijs-cao. Beloningen van bestuurders in het onderwijs vallen in veel gevallen niet onder de onderwijs-cao, terwijl bestuurders in het onderwijs taken verrichten die wel binnen het onderwijs vallen.² In deze bijdrage wordt nader ingegaan op deze motie, waarbij de analyse inzoomt op het funderend onderwijs. Daarvoor wordt allereerst de context van deze motie besproken, waaronder de op dit moment relevante wet- en regelgeving voor onderwijsbestuurders.³ Daarna wordt in algemene zin bekeken wat de positie van de bestuurder is in cao's. Vervolgens wordt nader ingegaan op de bestuurders-cao's in het primair en voortgezet onderwijs. Voorts zal worden ingegaan op de gevolgen van een uitwerking van de motie. Deze bijdrage zal tot slot worden afgesloten met een aanbeveling op de motie. De conclusies zijn voor alle onderwijssectoren van belang.

2. Voorgeschiedenis

De motie is tekenend voor deze tijd. De nodige pennen zijn de afgelopen jaren in beweging gebracht over de toegenomen afstand tussen de professioneel onderwijsbestuurder en het onderwijsgevend personeel. Zo is meermaals betoogd dat docerend personeel zelf zou moeten besturen.⁴ De afgelopen decennia zouden bestuurders in het onderwijs in de verkeerde rol zijn gedrukt van bedrijfsleider en ondernemer, terwijl op de onderwijsbestuurder eerder een beroep zou moeten worden gedaan om het onderwijs normatief-inhoudelijk te besturen.⁵ Naast de hiervoor omschreven positie van de bestuurder ten opzichte van de instelling waar de bestuurder voor staat, speelt al een aantal jaren de bestuurdersbeloning een grote rol in het maatschappelijke debat.⁶ Het funderend onderwijs heeft in enkele decennia grote organisatorische wijzigingen doorlopen. Waar oorspronkelijk de onderwijzer als vrijgevestigde één school bestuurde, is sinds de twintigste eeuw in toenemende mate sprake van bestuurders die als managers meerdere scholen zijn gaan

¹ Mr. G.W.J. Raaijmakers is als arbeidsrechtadvocaat bij Boels Zanders Advocaten verbonden aan het Team Onderwijs.

² *Kamerstukken II 2017/18*, 27 923, nr. 286.

³ Daar waar in dit artikel wordt gesproken over de 'bestuurder', wordt de statutair bestuurder bedoeld. De bestuurder in het onderwijs wordt aangeduid als 'de onderwijsbestuurder'.

⁴ H. Clevers, *Wetenschappers besturen* (Jaarrede KNAW), Amsterdam: KNAW 18 mei 2015.

⁵ E. Hooge, *Besturing van autonomie. Over de mythe van bestuurbare onderwijsorganisaties* (oratie Universiteit van Tilburg), Tilburg, 21 juni 2013.

⁶ O.a. Preambules cao Bestuurders VO 2017 en cao Bestuurders PO 2016; Brief van de Minister en Staatssecretaris van OCW, *Kamerstukken II 2016/17*, 33 495, nr. 105; *Rapport Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector*, bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13*, 28 479, nr. 68; M. Bakker, 'Salaris schoolbestuurders verder aan banden gelegd', *De Volkskrant* 21 februari 2014; NOS, 'CNV: basisschoolbestuurders, vraag niet veel salarisverhoging', 30 juli 2018; A. Kersten, 'Het is een rommeltje met bestuurdersbeloningen', *Onderwijsblad* 2014, nr. 15.

besturen. Wat klein begon, is groot en complex geworden.⁷ Dat verklaart het ontstaan van een dossier waartoe de motie behoort. In september 2001 zag dat dossier met de nota *Werken in het Onderwijs* het licht.⁸ Doel van de nota was – gezien de toenemende complexiteit – om het kader te vormen voor de ontwikkeling en implementatie van beleid gericht op het zorgen voor voldoende en gekwalificeerd onderwijspersoneel. De nota stelt over het bestuur in het onderwijs dat "een professioneel management en bestuur van groot belang [is] om de gewenste veranderingen (...) door te voeren. In het PO zal in de komende jaren de bevoegdheidseis voor management dienen te verdwijnen. Het gaat immers om managementvaardigheden, een goede kennis van het onderwijsveld en de onderwijskundige aspecten van het werk."⁹ De motie is tot slot niet nieuw: op 11 maart 2014 was reeds de motie Van Meenen c.s. ingediend die de regering verzocht om 'een oplossing', waardoor arbeidsvoorwaarden van onderwijsbestuurders onderdeel zouden worden van de cao voor al het onderwijspersoneel.¹⁰

3. Huidig kader van wet- en regelgeving

Het onderwijs: openbaar en bijzonder karakter

Het onderwijs is een zogenaamde hybride sector: het onderwijsbestel bestaat uit het van overheidswege gegeven openbaar onderwijs en het uit particulier initiatief voortgekomen bijzonder onderwijs. Dat betekent dat degene die werkzaam is in het openbaar onderwijs ambtenaar is in de zin van de Ambtenarenwet ("AW") en dat degene die werkzaam is in het bijzonder onderwijs werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst.¹¹ De rechtsrelaties worden als gevolg daarvan door bestuursrecht respectievelijk privaatrecht beheerst.¹²

Het karakter (openbaar of bijzonder) van de onderwijsinstelling heeft ook gevolgen voor de rechtsrelatie met de onderwijsbestuurder. De onderwijsbestuurder bij een openbare onderwijsinstelling heeft per definitie een andere verhouding ten opzichte van de werkgever dan de onderwijsbestuurder in het bijzonder onderwijs.¹³ De privaatrechtelijke leerstukken die in dit artikel worden besproken gaan dan ook niet altijd op voor de onderwijsbestuurder in het openbaar onderwijs. Zo zijn er significante verschillen bij ontslag en rechtsbescherming. Mede gelet op de motie is het bovendien van belang dat op het gebied van collectief arbeidsrecht de arbeidsvoorwaardenvorming eveneens verschilt.¹⁴ Bij de arbeidsovereenkomst geldt dat, indien voldaan wordt aan de wettelijke vereisten, de cao van rechtswege – dus zonder verdere tussenkomst – direct doorwerkt in de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer.¹⁵ Voor de ambtenaar geldt dat een collectief akkoord over arbeidsvoorwaarden enkel doorwerkt indien dat eenzijdig door het bestuursorgaan wordt aangenomen als een ambtelijke rechtspositieregeling.¹⁶

⁷ M.F. Nolen, 'De bestuurder in het onderwijs' (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 104.

⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 27 923, nr. 2 (Nota Werken in het Onderwijs).

⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 27 923, nr. 2 (Nota Werken in het Onderwijs), p. 79.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 495, nr. 36.

¹¹ P.W.A. Huisman (red.), *Basisboek onderwijsrecht*, Den Haag: Sdu 2014, p. 75-77.

¹² N. Hummel, 'Het ambtenarenrecht is dood, lang leve het ambtenarenrecht!', *ArbeidsRecht* 2017/20.

¹³ F.H.J.G. Brekelmans en E. van Vliet, 'De leraar', in: G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere rechtsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 104-107.

¹⁴ B. Barendsen, 'Normalisering ambtelijke rechtspositie', *NJB* 2017/420.

¹⁵ A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2017, p. 108-121.

¹⁶ S.F.H. Jellinghaus en E.G.M. Huisman, 'De ambtenaar', in: G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere rechtsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 89-91.

Wel dient bedacht te worden dat – met het oog op de invoering van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren¹⁷ (“Wnra”, zie ook elders in deze bundel) – het niet meer lang hoeft te duren voordat het onderscheid tussen werkenden in bijzonder en openbaar onderwijs tot het verleden behoort.¹⁸

Voordat specifiek wordt ingegaan op de voorstellen¹⁹ om alle werkenden in het onderwijs onder te brengen in een cao, wordt eerst gekeken naar het huidige kader van wet- en regelgeving waar de onderwijsbestuurder mee te maken heeft. Dat kader is te onderscheiden in een algemeen en een bijzonder deel.

Algemeen: rechtsverhouding met de bestuurder

Het algemene kader geldt voor alle bestuurders en bestaat uit arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke regels. De dubbele rechtsbetrekking is het opvallendst: de onderwijsbestuurder van een stichting of vereniging is (vennootschapsrechtelijk) bestuurder en heeft daarnaast een (arbeidsrechtelijke) aanstelling of arbeidsovereenkomst.²⁰ De regels van het rechtspersonenrecht bepalen onder meer de vertegenwoordigingsregels van de bestuurder en wie bevoegd is de bestuurder te benoemen en te ontslaan.²¹ De bestuurder aanvaardt zijn bestuurlijke opdracht, waarna het functioneren van de bestuurder gedurende de periode van benoeming wordt getoetst aan zowel de eisen van de behoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 Burgerlijk wetboek (BW)) als aan de eisen van goed werknemerschap of als goed ambtenaar (artikel 7:611 BW of artikel 125ter AW).

Bij de beëindiging van de rechtsbetrekking speelt het arbeidsrecht een dominantere rol en komt de relevantie van de dubbele rechtsbetrekking duidelijker naar voren. Voor de bestuurder in zijn hoedanigheid als werknemer kunnen juist dan de beschermende regels van het ontslagrecht gaan gelden.²² De bestuurder heeft in het arbeids- en ontslagrecht een uitzonderingspositie, waardoor bijvoorbeeld de preventieve ontslagtoets wordt uitgesloten (artikel 7:671 lid 1 sub e BW) en herstel van de arbeidsovereenkomst niet kan worden verzocht (artikelen 2:37, 2:134 en 2:244 BW).²³ Daartegenover moet er wel sprake zijn van een redelijke grond voor ontslag (artikel 7:669 lid 3 BW), is er een recht op transitievergoeding (artikel 7:673 e.v. BW) en geldt de herplaatsingsverplichting (artikel 7:669 lid 1 BW). De afwezigheid van een redelijke grond staat overigens niet in de weg aan een beëindiging, maar levert wel een (hogere) billijke vergoeding op (artikel 7:682 lid 3 BW).²⁴

Sinds de 15 april-arresten uit 2015 waarin een bestuurder tevens werknemer was van een rechtspersoon, geldt de door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel dat de beëindiging van de vennootschapsrechtelijke relatie met de bestuurder in beginsel het einde van de arbeidsrechtelijke

¹⁷ Wet normalisering rechtspositie ambtenaren, *Stb.* 2017, nr. 123, 28 maart 2017.

¹⁸ F.H.J.G. Brekelmans en E. van Vliet, ‘Wet normalisering rechtspositie ambtenaren en het openbaar onderwijs’, *School en Wet* 2018/2, p. 10-15.

¹⁹ Verwezen wordt hier naar de motie alsmede de motie Van Meenen c.s.

²⁰ J.H. Bennaars en P.G. Vesterling, ‘Beperking van de bestuurdersbeloning in het regelwoud van vennootschapsrecht, arbeidsrecht en gedragscodes’, *TAP Special* juni 2010.

²¹ P. van Schilfaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2017, p. 226-229.

²² E.S. de Bock, ‘De statutair bestuurder onder werk en zekerheid’, *ArbeidsRecht* 2014/53.

²³ E.W.M. Heyman, ‘De statutair bestuurder in een notendop’, *VenO* 2012/7, p. 123-127.

²⁴ S.J. Sterk, ‘De arbeidsovereenkomst van de statutair bestuurder na ontslag: een lege huls met uitgeholde ontslagbescherming?’, *MvO* 2017/8-9, p. 214-220.

relatie insluit, ook zonder een expliciete (tweede) opzegging.²⁵ Er is alleen ruimte voor een uitzondering indien (1) een wettelijk opzegverbod zich tegen beëindiging van de arbeidsovereenkomst verzet of (2) partijen anders zijn overeengekomen, waarbij in het laatste geval gedacht kan worden aan een bestuurder die binnen een concern zijn arbeidsovereenkomst met een andere vennootschap heeft gesloten dan die waar hij bestuurder is.²⁶ Bij onderwijsbestuurders kan gedacht worden aan voortzetting van het dienstverband als docent na beëindiging van het bestuurslidmaatschap.²⁷

Bij stichtingen – een veel voorkomende rechtspersoon in het onderwijs²⁸ – is de arbeidsrechtelijke bescherming van belang. In tegenstelling tot de andere rechtspersonen, betekent het beëindigen van de vennootschapsrechtelijke relatie namelijk niet automatisch het einde van de arbeidsrechtelijke relatie met de bestuurder.²⁹ In beginsel geldt hier dus dat na het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit alsnog een toetsing door het UWV of de kantonrechter moet plaatsvinden voordat het dienstverband kan eindigen.³⁰

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat bij benoeming en ontslag van de onderwijsbestuurder bepaalde algemene waarborgen gelden. Enkel de onderwijsbestuurder van een stichting geniet echter de arbeidsrechtelijke bescherming die vergelijkbaar is met overige werknemers. In alle overige gevallen geniet een onderwijsbestuurder beduidend minder ontslagbescherming. Zoals eerder opgemerkt zal dit met de komst van de Wnra niet langer enkel van toepassing zijn op de onderwijsbestuurders in het (privaatrechtelijke) bijzonder onderwijs.

Specifiek: sectorwetgeving

Uit onderwijswetgeving volgen regels die specifiek betrekking hebben op de onderwijsbestuurder. Allereerst wordt opgemerkt dat op grond van de wet de onderwijsbestuurder in het funderend onderwijs wordt aangemerkt als personeelslid.³¹ Daarmee wordt – anders dan in het arbeidsrecht – de onderwijsbestuurder juridisch volledig gelijkgeschakeld aan de overige werknemers van een school.³²

Daarnaast bevat de relevante onderwijswetgeving hoofdzakelijk regels die zien op benoeming. De Wpo en de Wvo schrijven bijvoorbeeld voorwaarden aan de benoeming voor die, ongeacht de bestuursvorm of het karakter (openbaar/bijzonder) van de school, hebben te gelden als een bekostigingsvoorwaarde c.q. regeling (artikel 17c lid 3 Wpo en artikel 24e1 lid 3 Wvo).³³ Ook is wettelijk verplicht om bij selectie en benoeming van onderwijsbestuurders gebruik te maken van

²⁵ HR 15 april 2005, *JAR* 2005/117 en *JOR* 2005/145 (Unidek) en HR 15 april 2005, *JAR* 2005/153 en *JOR* 2005/145 (Bartelink/Ciris).

²⁶ R.M. Beltzer en R.D. Rietveld, 'De statutair bestuurder in de Wet werk en zekerheid', *O&F* 2016/2, p. 4-20.

²⁷ M.F. Nolen, 'De bestuurder in het onderwijs' (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 501.

²⁸ J.M.A. Wintgens-van Luijn, 'De stichting in het onderwijs', *WPNR* 2015/7088.

²⁹ In het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is overigens het voornemen opgenomen om het herstel van de arbeidsovereenkomst met een stichting (net als nu het geval bij andere rechtspersonen) ook uit te sluiten, *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 3, p. 17-18.

³⁰ M.L.G. Otto, 'De gevolgen van de WBTR voor de duale rechtsbetrekking van de stichtingsbestuurder', *TvOB* 2017/6, p. 221-225.

³¹ In tegenstelling tot andere sectorwetgeving: in de WEB en de WHW is dat niet het geval.

³² Definitie 'personeel' onder a, artikel 1 Wpo/artikel 1 Wvo.

³³ Er is sprake van een bekostigingsvoorwaarde indien de onderwijsorganisatie een raad van toezicht heeft.

openbare profielschetsen (artikel 17a lid 2 Wpo en artikel 24d lid 2 Wvo). Overigens schrijven de Wpo en Wvo geen nadere kwaliteitseisen voor aan de onderwijsbestuurder, omdat dit te snel zal leiden tot (te) open en vage normen.³⁴ In het kader van medezeggenschap geldt tot slot voor alle onderwijssectoren – en ongeacht de vraag of sprake is van bijzonder of openbaar onderwijs – een adviesverplichting bij de profielschets en de benoeming van bestuurders. Voor het funderend onderwijs is dat adviesrecht terug te vinden in de artikelen 11 sub h, 11 lid 1 sub q en 16 lid 2 sub c Wms.

Uit wetgeving voor het funderend onderwijs blijkt dat de onderwijsbestuurder juridisch doorgaat voor gewone werknemer. Daardoor lijkt deze wetgeving een *lex specialis* te zijn op het algemene arbeidsrecht. Arbeidsrechtelijke regels zijn dan per definitie op onderwijsbestuurders – althans in het bijzonder onderwijs – van toepassing. Voorts blijkt dat de onderwijsbestuurder met name bij aanvang van de benoeming kunnen steunen op voldoende draagvlak.

Bezoldiging

Waar het de bezoldiging betreft, hebben onderwijsbestuurders van doen met de Wet Normering Topinkomens ("WNT") en de Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren.³⁵

Bezoldiging bestaat uit de beloning, de belastbare onkostenvergoedingen en de beloningen betaalbaar op termijn (werkgeversdeel pensioenpremie). De beloning betreft periodiek betaalde beloningen (salaris) en de eventuele winstdelingen en bonussen.³⁶ De niet op de beloning ingehouden sociale verzekeringspremies die op grond van een cao of wettelijke verplichting worden betaald, vallen buiten het beloningsbegrip.³⁷ De bezoldiging van onderwijsbestuurders zijn wettelijk gemaximeerd tot het WNT-maximum³⁸ van EUR 187.000,-, waarbij de sectorale bezoldigingsmaxima variëren afhankelijk van gemiddelde totale baten, aantal bekostigde leerlingen en de onderwijssoort. Het laagste bezoldigingsmaximum is momenteel EUR 111.000,-.

De WNT limiteert de maximale bezoldiging van de onderwijsbestuurder en perkt daarmee de contractsvrijheid in. Of dit wenselijk dan wel noodzakelijk is, blijft in dit artikel buiten beschouwing.

Aanvullende regels

Naast wet- en regelgeving gelden ook andere regels die de onderwijsbestuurder raken. In alle onderwijssectoren zijn Governance Codes van toepassing. De Code Goed Bestuur in het primair onderwijs (hierna: "Code PO") en de Code Goed Onderwijsbestuur VO (hierna: "Code VO") behelzen voor de onderwijsbestuurder een aantal taken, verplichtingen en verboden. Gedacht kan worden aan verplichtingen tot het ontwikkelen van beleid (professionalisering, integriteit, verantwoording,

³⁴ De Raad van State oordeelde in 2005 dat kwaliteitseisen of bekwaamheidseisen voor onderwijsbestuurders zich niet lenen als bekostigingsvoorwaarden, omdat zij moeilijk naleefbaar, controleerbaar en handhaafbaar zijn, Raad van State, Advies W05.05.0034/III bij Besluit bekwaamheidseisen onderwijspersoneel, 4 april 2005.

³⁵ Laatstelijk gewijzigd met ingang van 1 januari 2018: Regeling van de Ministers van OCW, nr. WJZ/1254265 (8170), *Stcrt.* 2017, nr. 67801.

³⁶ L.G. Verburg, 'De Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT): (in) werking', *ArA* 2013/1.

³⁷ Uitvoeringsregeling WNT, *Stcrt.* 2014, nr. 36379, 18 december 2014. Laatstelijk gewijzigd: *Stcrt.* 2017, nr. 70474, 12 december 2017.

³⁸ Regeling Indexering bezoldigingsmaxima WNT 2018, *Stcrt.* 2017, nr. 51696, 12 september 2017.

strategie), het creëren van een wendbare organisatie en het verbod van tegenstrijdige belangen.³⁹ De Code PO en de Code VO zijn te beschouwen als *soft law*. *Soft law* bestaat in de vorm van onder meer beleidsregels, leidraden en *good practices*. De juridische status van *soft law* is niet altijd duidelijk en er bestaat geen helder onderscheid tussen de verschillende vormen. *Soft law* heeft bovendien geen formele bindende kracht en wordt eerder beschouwd als bron om de interpretatie van open wettelijke normen door toezichthouders te duiden.⁴⁰

Naast *soft law* uit de Code PO en de Code VO kan een onderwijsorganisatie ervoor kiezen om bepaalde kwaliteitseisen voor een onderwijsbestuurder op te nemen in de statuten. Het doel van zulke statutaire kwaliteitseisen is divers en optioneel. Voorbeelden zijn: de bescherming van de bijzondere identiteit van het onderwijs, het bevorderen van lokale verbondenheid, het vergroten van lokaal draagvlak of het borgen van bestuurlijke samenwerking met een andere rechtspersoon.⁴¹

De bestuurders-cao's: arbeidsvoorwaarden

Het sluitstuk van het kader van wet- en regelgeving voor de onderwijsbestuurder is tot slot de specifieke bestuurders-cao's die voor primair en voortgezet onderwijs gelden. Sinds 2013 respectievelijk 2011 bestaan deze cao's en zijn dus een relatief nieuw fenomeen. De laatste versies van beide cao's (respectievelijk 2016 en 2017) zullen in dit artikel als uitgangspunt worden gehanteerd en komen later nader aan bod. De cao's zullen hierna separaat als 'cao Bestuurders PO' en 'cao Bestuurders VO' worden aangeduid en gezamenlijk als 'de bestuurders-cao's'.

4. De bestuurder en de cao

Hiervoor is aangegeven met welk kader de bestuurder in het algemeen en de onderwijsbestuurder in het bijzonder van doen heeft. De bijzondere positie die de bestuurder heeft ten opzichte van de overige werknemers komt in arbeidsrechtelijke wetshistorie vaak maar zijdelings ter sprake. Recent is de verhouding tussen cao's en bestuurders wel expliciet aan bod gekomen.⁴² De bestuurder wordt vrijwel altijd uitgesloten van het toepassingsbereik van de cao die geldt voor alle andere werknemers in de organisatie.⁴³

De rol van de bestuurder

De reden achter het uitsluiten bij een cao is waarschijnlijk gelegen in een oudere discussie over de (rechts)positie van de bestuurder. Zo is vaker gesteld dat de bestuurder goed voor zichzelf kan zorgen en geen behoefte heeft aan arbeidsrechtelijke ongelijkheidscompensatie. Afbakeningsproblemen doen zich daarnaast niet voor, omdat duidelijk is vast te stellen of sprake is van een bestuurder.⁴⁴ Desalniettemin is beargumenteerd dat er grote verschillen bestaan tussen

³⁹ *Code Goed Bestuur in het PO*, augustus 2017, zie o.m. hoofdstuk II en III; *Code Goed Onderwijsbestuur VO*, juni 2015. Zie hoofdstuk 4, met name richtlijn 1-17.

⁴⁰ V.P.G. de Serière en B.C.G. Jennen, 'De betekenis van 'soft law' in de financiële toezichtwetgeving', *Ondernemingsrecht* 2017/143.

⁴¹ M.F. Nolen, 'De bestuurder in het onderwijs' (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 517-518.

⁴² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 8, p. 15.

⁴³ Zie discussie over de positie van de statutair bestuurder: J.B. Huizink en A.T.J.M. Jacobs, 'Reactie op de stelling "Bestuurders van vennootschappen dienen geen werknemers te zijn"', *NJB* 2003/33, p. 1761-1763.

⁴⁴ R.M. Beltzer, 'De Wet bestuur en toezicht – over een amendement dat niet ver genoeg gaat', *ArbeidsRecht* 2013/3.

bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen en bestuurders van kleine rechtspersonen, zoals bv's in het kleinbedrijf, maar dus ook onderwijsbestuurders van grote en kleine(re) onderwijsinstellingen.⁴⁵

Cao's regelen allerlei arbeidsvoorwaarden die gelden binnen een bepaalde onderneming (ondernemingscao's) of branche (bedrijfstakcao's). In het verlengde van de hiervoor aangestipte discussie roept – zeker bij ondernemingscao's – de rol van de bestuurder vragen op: handelt hij of zij in de hoedanigheid van 'de' werkgever ten opzichte van de werknemers die werkzaam zijn in de organisatie waar de bestuurder als zodanig is benoemd? Of betreft het hier een werknemer net als alle andere?⁴⁶ Het gaat immers om arbeidsvoorwaarden die de bestuurder evenzeer treffen.⁴⁷ Daarnaast bekleedt de bestuurder een aparte rol waar het de rechtspositie betreft die de bestuurder heeft met de organisatie die hij vertegenwoordigt.⁴⁸ Aan de ene kant maakt hij nu eenmaal onderdeel uit van het bestuursorgaan van de werkgever en geeft in die hoedanigheid leiding aan de organisatie, terwijl aan de andere kant de bestuurder in een contractuele verhouding tot de werkgever staat en dus 'lijdend voorwerp' is.⁴⁹ Kortom: de rol van de bestuurder is ambigu en vormt deels de verklaring waarom deze als algemeen uitgangspunt buiten de reikwijdtebepaling van (met name ondernemings)cao's valt.

De onderwijsbestuurder

Zoals reeds aangestipt in paragraaf 3.3 is de positie van de onderwijsbestuurder in het funderend onderwijs wettelijk verankerd in de Wpo en Wvo. De onderwijsbestuurder valt expliciet onder de definitie 'personeel'. In tegenstelling tot het hiervoor genoemde algemene uitgangspunt bevatten de cao voor het primair onderwijs 2018-2019 (hierna: 'cao PO') en de cao voor het voortgezet onderwijs 2018-2019 (hierna: 'cao VO') geen expliciete uitsluiting van de onderwijsbestuurder in de reikwijdtebepalingen.⁵⁰ Dit impliceert een automatische toepassing voor onderwijsbestuurders, zoals jarenlang het geval is geweest. Enkel doordat er recent twee aparte bestuurders-cao's zijn gesloten, wordt de toepassing van de cao PO respectievelijk cao VO tegenwoordig uitgesloten.⁵¹

5. Functiegroep-cao's?

Doel en opzet van de bestuurders-cao's

De politieke discussie is hoofdzakelijk gericht op beloning. Vanuit juridisch oogpunt kan ook op andere manieren naar dit onderwerp worden gekeken. De bestuurders-cao's zijn bedoeld voor die situaties waarin een bezoldigd, professioneel en statutair bestuurder noodzakelijk is, gegeven de schaalgrootte en/of complexiteit van de organisatie.⁵² De bestuurders-cao's dienen te leiden tot

⁴⁵ A.R. Houweling en G.W. van der Voet, 'Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht. Een nationaal en rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging en toekomst van bijzondere rechtsverhoudingen', *ArA* 2013/2, p. 19-20.

⁴⁶ J.B. Huizink, 'De bestuurder-werknemer revisited', *ArA* 2003/3.

⁴⁷ E.S. de Bock, 'Kroniek statutair bestuurder 2010-2012', *ArbeidsRecht* 2013/33.

⁴⁸ Zie voor een uitgebreide beschouwing: J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder*, Deventer: Kluwer 2015, p. 18-31.

⁴⁹ L. Verburg, 'De bestuurder van de nv of bv', in: A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 209-274.

⁵⁰ Artikel 1.4 cao PO en artikel 1.2 cao VO.

⁵¹ Artikel 1.1 en 1.3 lid 6 cao Bestuurders PO en artikel 1.1 en 1.2 lid 1 cao Bestuurders VO.

⁵² Preambule cao Bestuurders PO.

een redelijk, verantwoord, evenwichtig en transparant arbeidsvoorwaardenpakket.⁵³

De bestuurders-cao's zijn gesloten door aparte werkgevers- en werknemersorganisaties. Dit zijn niet dezelfde partijen als bij de cao PO/VO. Bij de cao PO/VO zijn de leden van de werkgeversvertegenwoordiging de onderwijsbesturen, terwijl de werknemers zich hebben verenigd via de vakbonden. De werknemers die worden vertegenwoordigd aan de onderhandelingsstafel zijn (enkel) statutair bestuurders uit primair of voortgezet onderwijs, terwijl de leden van werkgeversvertegenwoordiging bestaan uit de toezichthouders.⁵⁴ Cao's in het funderend onderwijs zijn niet eerder algemeen verbindend verklaard. Wat echter opvalt, is dat de cao Bestuurders VO sinds haar bestaan juist wel telkens algemeen verbindend is verklaard.⁵⁵

Er zijn vier opvallende zaken die voor onderwijsbestuurders anders uitpakken indien zij onder de reikwijdte van één van de bestuurders-cao's vallen. (1) De bestuurders-cao's maken het mogelijk om in afwijking van de arbeidsrechtelijke ketenregeling (artikel 7:668a BW) voor langere tijd dan 24 maanden drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd af te sluiten, zonder dat er automatisch een vast dienstverband ontstaat.⁵⁶ (2) Toeslagen uit de cao PO/VO zijn niet (meer) van toepassing op de onderwijsbestuurder die onder de bestuurders-cao valt. (3) Verder is de aanvullende sociale zekerheid versoerd: bovenwettelijke uitkeringen gelden niet voor de onderwijsbestuurder. In het primair onderwijs is daarnaast de onderwijsbestuurder niet meer verzekerd via het Vervangingsfonds en Participatiefonds. (4) Tot slot is er sprake van hogere salarisinschaling, waarmee de beperkingen/uitzonderingen op de cao's PO/VO wordt gecompenseerd.

Mogelijke gevolgen

Aparte cao-bepalingen voor functiegroepen zijn niet nieuw.⁵⁷ Echter, aparte cao's voor functiegroepen wel. De vraag is of dit wenselijk is. Mijns inziens is dit niet het geval, hetgeen ik hierna nader toelicht.

Verschillende cao's in één organisatie leiden tot praktische en organisatorische problemen. Ter illustratie: het is niet voor niets dat bij een overgang van onderneming waar twee verschillende arbeidsvoorwaardenregimes gelden, een overnemende werkgever bij voorkeur arbeidsvoorwaarden na de overgang wil harmoniseren.⁵⁸ De – ten opzichte van de cao PO/VO – summier bestuurs-cao's bevatten in potentie een bron van discussie over toepassing.⁵⁹

Doordat de bestuurders-cao's in sommige gevallen de cao PO/VO deels van toepassing verklaren en dezelfde geschillencommissie bevoegd is kennis te nemen van geschillen, rijst de vraag of het

⁵³ Preambule cao Bestuurders VO.

⁵⁴ De werkgeversorganisatie is verenigd in de Vereniging Van Toezichthouders in Onderwijsinstellingen (VTOI), de werknemersorganisaties zijn verenigd in de Bestuurdersvereniging PO (BvPO) en de Onderwijsbestuurders Vereniging VO (OBV).

⁵⁵ Laatstelijk tot 1 januari 2018, Besluit van 19 juni 2017, *Stcrt.* 2017, nr. 29650, 22 juni 2017.

⁵⁶ Artikel 2.1 cao Bestuurders PO/artikel 2.3 cao Bestuurders VO.

⁵⁷ Een bekend voorbeeld met groot toepassingsbereik is de cao Bouw & Infra, dat aparte bepalingen kent voor bouwplaats-werknemer en de Uitvoerend Technisch Administratief (UTA-)werknemer.

⁵⁸ S.F.H. Jellinghaus en K.M.J.R. Maessen, 'Over harmonisatie van arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2013/19.

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 23 september 2016, *JAR* 2016/249 m.nt. Koot-van der Putte.

niet vanuit zowel praktisch als juridisch oogpunt de voorkeur geniet de bepalingen voor de onderwijsbestuurder in een apart hoofdstuk van de cao PO/VO onder te brengen. Het is immers mogelijk om in een cao een onderscheid te maken tussen personenkringen. Daarbij kunnen groepen werknemers worden aangewezen waarop delen van de cao wel en niet van toepassing zijn. Werknemers op wie delen van de cao niet van toepassing zijn, kunnen daarop toch een beroep doen voor zover het gaat om algemene bepalingen, die niet specifiek betrekking hebben op de wel onder het toepassingsbereik vallende werknemers.⁶⁰ Het lijkt alsof men deze constructie ook voor ogen had toen de motie Meenen c.s. in 2014 werd aangenomen, waarin "de arbeidsvoorwaarden van bestuurders in het onderwijs onderdeel worden van de cao die voor al het onderwijspersoneel geldt."⁶¹

Een argument tegen onderbrenging in de cao PO/VO ziet op het feit dat de onderwijsbestuurder over eigen arbeidsvoorwaarden zou onderhandelen met de bonden. Dat is enkel een legitiem argument bij ondernemingscao's (zie paragraaf 4.1). Als de onderwijsbestuurder optreedt als 'de' werkgever, is er sprake van een onderhandelingsstafel met de onderwijsbestuurder en de bonden. Als de onderwijsbestuurder onder de reikwijdte valt van de dan uit onderhandelde cao, is er sprake van het hiervoor geschetste tegenargument. De cao's PO en VO zijn echter bedrijfstakcao's waar dit niet opgaat. Onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden vinden plaats op een hoger niveau waarbij de belangen van de individuele onderwijsinstellingen of bestuurders geen invloed hebben op het collectieve proces. Bovendien geldt dat, naast de vraag of het een probleem is dat de onderwijsbestuurder gebonden wordt aan een cao waarbij hijzelf aan de onderhandelingen zou hebben deelgenomen, de bestuurder in het algemeen normaliter ook zelf onderhandelt over zijn eigen arbeidsvoorwaarden.⁶²

Het ontstaan van de bestuurders-cao's lijkt te zijn ingegeven door met name de wens om afwijkende financiële afspraken/arbeidsvoorwaarden te uniformeren. De vraag is of hiervoor een aparte bestuurders-cao nodig is. Uniformering voor de onderwijsbestuurder – indien gewenst – zou ook binnen een onderwijs-cao kunnen worden gerealiseerd zoals hiervoor toegelicht. Voor wat betreft de hoogte van bezoldiging zijn alle onderwijsinstellingen voorts gebonden aan de WNT. De op 1 juli 2017 in werking getreden Evaluatiewet WNT kent een uitzondering op maximering van de uitkering wegens beëindiging van het dienstverband.⁶³ Indien sprake is van een uitkering die voortvloeit uit een algemene cao-bepaling, valt deze buiten het toepassingsbereik van de WNT.⁶⁴ Uit de wetshistorie blijkt echter dat indien er binnen een sector voor bestuurders een specifieke cao is afgesloten, de ontslaguitkeringsregeling die daarin is opgenomen gewoon onder de WNT valt.⁶⁵

6. De motie: juridische en praktische gevolgen

Nadere lezing van de recente motie roept vragen op. Ten eerste op het gebied van de gehanteerde definities. Wat is 'de' onderwijs-cao? Mijns inziens is de doelgroep van de motie onduidelijk.

⁶⁰ C.E.M. Schutte, *Overzicht van het CAO-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 37-38.

⁶¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 495, nr. 36.

⁶² J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder*, Deventer: Kluwer 2015, p. 150.

⁶³ Artikel 1.1 sub i WNT.

⁶⁴ Evaluatiewet WNT, *Stb.* 2017, nr. 151, 11 april 2017.

⁶⁵ De cao Bestuurders PO wordt zelfs expliciet genoemd in *Kamerstukken II* 2016-17, 34 654, nr.3, p. 7.

Aannemelijk is dat hiermee wordt bedoeld: de cao van de betreffende onderwijssector. De motie lijkt te zijn ingediend naar aanleiding van de bestuurders-cao's in het funderend onderwijs. Het beroepsonderwijs en het hoger onderwijs kennen geen bestuurders-cao. Daar lijkt dus geen nog wens te zijn om de rechtspositie van alle bestuurders gelijkelijk te regelen in enige cao, en het is de vraag of daartoe een noodzaak is.

Daarnaast spreekt de motie over "taken verrichten die binnen het onderwijs vallen." Deze omschrijving is erg ruim en lijkt voort te komen uit de gedachte dat iedereen die werkzaam is binnen het onderwijs, onder de/een onderwijs-cao zou moeten vallen. Gelet op het toegenomen belang van draagvlak en betrokkenheid bij de school of instelling is het niet onlogisch dat dit ook geldt voor de onderwijsbestuurder.⁶⁶ Impliceert de motie dat *geen* onderwijs-cao hoeft te worden toegepast op een bestuurder die *enkel* bestuurstaken verricht, bijvoorbeeld bij een grote of hoog complexe onderwijsorganisatie? Normaliter is namelijk naast de functie-inhoud *ook* de werkgever (uit hoofde van een lidmaatschap van werkgeversvereniging) of branche bepalend voor de toepassing van een cao.⁶⁷ Enkel de aan- of afwezigheid van specifieke 'onderwijstaken' zou dus niet een op zichzelf staand vereiste moeten zijn voor toepassing.

Dit brengt mij bij de tweede vraag over de vertegenwoordiging bij cao-onderhandelingen. Bij de onderwijs-cao's is de bestuurdersvereniging de werkgeversvertegenwoordiger. Echter, bij de bestuurders-cao's is de bestuurdersvereniging vertegenwoordiger van de werknemers en treedt de toezichthoudersvereniging op als werkgeversvertegenwoordiger. Voor incorporatie van bestuurders in de onderwijs-cao is dit een belangrijk aandachtspunt.

Derde vraag die de motie oproept, is of deze enkel ingegeven is door de wens om salarisontwikkeling van de onderwijsbestuurder te beperken. Zoals eerder besproken gebeurt dat al via de WNT. Cao's zijn daarvoor niet nodig. Anderzijds kan de onderbrenging van onderwijsbestuurders in de cao PO/VO de salarisontwikkelingen beter koppelen aan die van regulier onderwijspersoneel.⁶⁸ De motie zwijgt echter over alle andere aspecten van de cao's.

De vierde vraag is een juridische drempel: hoe kan de regering de inhoud van een cao bepalen en is dit – gelet op het grondrecht van vakbonds- en onderhandelingsvrijheid – in zijn algemeenheid wel toegestaan? Op grond van de Wet CAO⁶⁹ en internationale verdragen⁷⁰ ligt dat mandaat immers bij sociale partners.

Een laatste vraag die de motie oproept, is de praktische uitwerking als onderwijsbestuurders worden ondergebracht in de cao PO/VO, zoals ik hiervoor reeds uiteengezet heb. Naast gelijkschakeling van salarisontwikkeling met het andere personeel, heeft dit gevolgen voor bijvoorbeeld ontslag bij reorganisatie, bovenwettelijke uitkeringen, een snellere overgang naar een

⁶⁶ M.F. Nolen, 'De bestuurder in het onderwijs' (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 506-512.

⁶⁷ E. Koot-van der Putte, 'Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid' (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 55-57.

⁶⁸ Zie in dit kader de Interpellatie-Van Dijk, *Kamerstukken* 2013/14, 31 889, nr. 7.

⁶⁹ Zoals betoogd door Minister en Staatssecretaris van OCW in *Handelingen II* 2013/14, nr. 26, p. 4-8.

⁷⁰ IAO-Verdrag 87 betreffende de vrijheid van vereniging en de bescherming van het recht om organisaties op te richten en daarvan lid te worden en IAO-Verdrag 98 betreffende het recht om zich te organiseren en collectief te onderhandelen.

vast dienstverband en – in mindere mate – functiewaardering en verlofopbouw. Daarover zullen, afhankelijk van de wens van sociale partners, nadere afspraken moeten worden gemaakt.

Mijn conclusie: de motie is niet helder in *wat* zij moet repareren, *waarom* er gerepareerd moet worden, *hoe* zij moet repareren en voor *wie* zij geldt. Toch is de gedachte achter de motie begrijpelijk en toepasbaar, mits 'de' onderwijs-cao voldoende ruimte laat om de onderwijsbestuurder anders te behandelen dan al het overige onderwijspersoneel. De onderwijsbestuurder van een grote instelling is een andere onderwijsbestuurder dan die van een kleine eenpitter, dus maatwerk moet mogelijk zijn.

7. Tot slot

Het is niet per definitie vanzelfsprekend om onderwijsbestuurders onder te brengen in de cao's die gelden in het funderend onderwijs. Buiten de onderwijssector is de bestuurder vaak uitgesloten van de werkingssfeer van de cao die in zijn of haar organisatie van toepassing is. De motie keert zich nadrukkelijk tegen hoge beloningen, maar ik concludeer dat bestaande wetgeving, waaronder de WNT, dit probleem al ondervangt. Ook werken de Governance Codes zelfregulerend. De onderwijsbestuurder kan worden ondergebracht in de cao's PO en VO, maar er dient wel te worden gezocht naar een werkbare invulling. Uiteindelijk zijn het de sociale partners die hierover gaan, niet de wetgever.

Ontwaakt bestuurders van het onderwijs! Hebben de bestuurders cao's in het funderend onderwijs een toekomst?

Jorn de Bruin, Jochem Streefkerk en Judith Verbeek¹

1. Inleiding

Op 13 oktober 2011 sloten de Onderwijsbestuurdersvereniging (OBV) en de (toen nog) Vereniging van Toezichthouders in Onderwijsinstelling (VTOI)² een cao voor de onderwijsbestuurders in het voortgezet onderwijs: de cao Bestuurders VO. Daarmee zag voor het eerst een cao specifiek voor bestuurders het licht. Dat is opmerkelijk. Het is an sich niet ongebruikelijk dat bestuurders niet onder de werkingssfeer van een collectieve arbeidsovereenkomst vallen.³ Ook komt het regelmatig voor dat de beter betaalde werknemers evenmin onder de werkingssfeer van de cao vallen.⁴ Mogelijk ligt hieraan de gedachte ten grondslag dat dergelijke werknemers prima voor zichzelf kunnen zorgen. Denkbaar is ook dat de organisatiegraad onder dergelijke werknemers lager is.⁵ Een cao speciaal voor bestuurders was echter nog niet eerder vertoond. Op 12 maart 2013 trad het primair onderwijs in de voetsporen van het voortgezet onderwijs, toen de VTOI met de Bestuurdersvereniging PO (BvPO) de cao Bestuurders PO afsloot.

In de beide bestuurders cao's staan arbeidsvoorwaarden opgenomen die afwijken van de arbeidsvoorwaarden uit de cao VO en de cao PO. Dat betekent dat er een differentiatie plaatsvindt tussen de arbeidsvoorwaarden van de bestuurders enerzijds en de arbeidsvoorwaarden die gelden voor het overige personeel van de onderwijsorganisaties in het funderend onderwijs anderzijds. Over de verschillen in cao's tussen onderwijspersoneel en onderwijsbestuurders is al geruime tijd discussie. Hoe wenselijk is het dat twee groepen werknemers zich afzonderlijk verenigen en een gesprek over arbeidsvoorwaarden voeren? Wat doet dat met de (ervaren) collectiviteit in een sector en binnen een afzonderlijke organisatie? Is het – zeker in een sector als het onderwijs – niet aan de overheid om in te grijpen en deze differentiatie te stoppen? Vragen die zich allemaal lenen

¹ Mr. J.W. de Bruin (arbeids- en pensioenrecht), mr. J. Streefkerk (onderwijsrecht) en mr. J.M.J. Verbeek (onderwijsrecht) zijn allen verbonden aan het Team Kennis en Onderwijs van Van Doorne N.V. Deze bijdrage gaat omwille van de omvang alleen in op (bestuurders)cao's in het onderwijs in nauwe zin: organisaties voor kinderopvang en onderzoeksinstellingen laten wij bewust achterwege.

² Op 1 juli 2017 is VTOI gefuseerd met tot de Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in de Kinderopvang tot VTOI-NVTK.

³ Vgl. bijvoorbeeld de collectieve arbeidsovereenkomst Ziekenhuizen, artikel 1.1.1, onderdeel b, onder 1 (*Stcrt.* 2018/25435): de bestuurder/directeur – in dit geval degene die belast is met de beleidsvoorbereiding alsmede het totale beheer van de instelling en daarvoor rechtstreeks verantwoording verschuldigd is aan de Raad van Toezicht of het bestuur (wanneer er geen Raad van Toezicht is ingesteld) – valt niet onder de werkingssfeer van de cao Ziekenhuizen.

⁴ Vgl. bijvoorbeeld de collectieve arbeidsovereenkomst voor het Metaalbewerkingsbedrijf, artikel 2, lid 2 (*Stcrt.* 2017/40197): daarin worden de directeuren en adjunct-directeuren alsmede de werknemers, wier functieniveau boven het niveau van functiegroep 11 (salarisgroep J) ligt, uitgezonderd van de werkingssfeer van de collectieve arbeidsovereenkomst. De collectieve arbeidsovereenkomst Grafimedia bevat een vergelijkbare beperking van de werkingssfeer (*Stcrt.* 2016/38607)

⁵ Al gaat in elk geval niet zonder uitzondering op dat beter betaalde werknemers zich niet zouden organiseren: ongeveer 98% van de piloten in dienst bij KLM is lid van de Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers, zo volgt uit ECLI:NL:RBAMS:2017:4589.

voor een gloedvol politiek betoog vóór of tegen aparte cao's voor onderwijsbestuurders. Maar ook vragen die zich lenen voor een benadering vanuit maatschappelijke en juridische principes, neergelegd in wet- en regelgeving. De lezer zal merken dat de lijn tussen politiek en regelgeving, zoals wel vaker in het onderwijs, opnieuw dun is.

Wij geven met deze bijdrage een overzicht van de wijze waarop cao's in het onderwijs toepassing vinden en gaan daarbij in op enkele elementen die samenhangen met het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs (paragraaf 2). Vervolgens bezien we de huidige stand van zaken van onderwijscao's en welke sociale partners achter de verschillende collectieve arbeidsovereenkomsten zitten (paragraaf 3). De politieke discussie die op dit onderwerp gaande is, vatten wij samen in paragraaf 4, waarna wij onze eigen conclusies trekken en suggesties doen in paragraaf 5.

2. De collectieve arbeidsovereenkomst nader beschouwd

Bijzonder onderwijs

Artikel 1 lid 1 Wet collectieve arbeidsovereenkomst (Wet cao) definieert een cao als de overeenkomst, aangegaan door één of meer werkgevers of één of meer werkgeversverenigingen en één of meer werknemersverenigingsverenigingen, waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld, die in acht moeten worden genomen bij arbeidsovereenkomsten. Een cao is dus in beginsel slechts van toepassing op arbeidsvoorwaarden bij arbeidsovereenkomsten.⁶ En daarmee dus niet op de aanstelling van medewerkers in het openbaar onderwijs. Deze vaststelling zullen wij verderop in dit artikel enigszins nuanceren.

Hieronder bespreken wij de drie manieren waarop een cao van toepassing kan zijn op een arbeidsovereenkomst.

Lidmaatschap van een werkgeversvereniging

Indien sprake is van een rechtsgeldige cao,⁷ is de werkgever op grond van artikel 9 Wet cao gehouden de arbeidsvoorwaarden uit die cao toe te passen op zijn werknemers, voor zover die

⁶ Deze hoofdregel verdient enige nuancering. Immers, artikel 1 lid 2 Wet cao bepaalt dat een cao ook van toepassing kan zijn op overeenkomsten van aanneming van werk en overeenkomsten van opdracht. In 2010 oordeelde de Rechtbank Den Haag dat in een cao opgenomen tariefafspraken ten aanzien van zelfstandige orkest-remplaçanten in strijd kwam met het kartelverbod (artikel 6 Mededingingswet) (*JAR* 2011/8). In de daaropvolgende prejudiciële vragen oordeelde het Hof van Justitie van de EU het niet in strijd met het kartelverbod, wanneer de zelfstandigen in kwestie 'schijnzelfstandigen' zijn, dat wil zeggen, dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers (ECLI:EU:C:2014:2411). Hof Den Haag oordeelde dat de remplaçanten te kwalificeren waren als schijnzelfstandigen en vernietigde de uitspraak uit eerste aanleg (Hof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305). De mededingingstoezichthouder Autoriteit Consument en Markt (ACM) publiceerde op 24 februari 2017 evenwel de leidraad 'Tariefafspraken voor ZZP-ers in cao's' waarin zij stelt dat tariefafspraken in cao's nagenoeg nooit aan de mededingingsrechtelijke voorwaarden voldoen, om uitgezonderd te kunnen worden van het kartelverbod.

⁷ De wet cao stelt daaraan twee voorwaarden, namelijk (i) dat de statuten van de vakbonden en werkgeversverenigingen moeten vermelden dat zij bevoegd zijn tot het sluiten van cao's (artikel 2 Wet cao) en (ii) de cao moet aangegaan zijn bij onderhandse of notariële akte (schriftelijkheidsvereiste van artikel 3 Wet cao). Wil er sprake zijn van een rechtsgeldige cao, dan stelt de Wet op de loonvorming (WLV) nog een derde voorwaarde: artikel 4 lid 3 WLV bepaalt dat een cao pas in werking kan treden nadat de cao is aangemeld bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Minister een kennisgeving van

werknemers lid zijn van de contract-sluitende werknemersvereniging. Feitelijk hebben cao-partijen (sociale partners) dus de bevoegdheid om verplichtingen aan haar leden op te leggen en rechten voor haar leden te bedingen. Deze verenigingsrechtelijke ledenbinding (ex artikel 2:46 BW) heeft in de Wet cao een specifieke uitwerking gekregen. De werkgever die lid is van de cao-sluitende werkgeversvereniging (de gebonden werkgever) en de werknemer die lid is van de cao-sluitende werknemersvereniging (de gebonden werknemer) verliezen de mogelijkheid om afspraken te maken die in strijd zouden komen met de cao. Dergelijke afspraken zijn nietig op grond van artikel 12 Wet cao.⁸ In plaats van de nietige afspraak geldt de cao-bepaling. Op grond van artikel 13 Wet cao geldt bovendien dat de tussen de gebonden werknemer en gebonden werkgever gemaakte afspraken worden aangevuld met de bepalingen uit de cao. Artikel 9, 12 en 13 Wet cao vormen tezamen de basis voor de normerende werking van de arbeidsvoorwaarden uit de cao.

De bijzondere werking van de Wet cao volgt onder andere uit artikel 14. Op grond daarvan is de gebonden werkgever gehouden de cao ook toe te passen op de ongebonden werknemer (tenzij de cao zelf anders bepaalt, maar dat is doorgaans niet het geval). De ongebonden werknemer zelf kan nakoming van deze verplichting niet afdwingen.⁹ Dat kan de cao-sluitende werknemersvereniging wel. Ten overvloede, het omgekeerde geldt niet: wanneer de werkgever ongebonden is, maar de werknemer wel gebonden is, hoeft werkgever de bepalingen van de desbetreffende cao niet na te leven.

De instelling voor bijzonder onderwijs, waarvan alle leden van de raad van toezicht (voor zover belast met de werkgeversrol binnen de onderwijsinstelling) lid zijn van de VTOI-NVTK, is op deze grond gehouden de arbeidsvoorwaarden uit de cao Bestuurders VO toe te passen op de bestuurders die bij haar in dienst zijn. Ook als die bestuurders zelf geen lid zijn van de BVPO. Deze laatste groep bestuurders kan evenwel - met uitzondering van de perioden gedurende welke de bepalingen van de cao Bestuurders VO algemeen verbindend zijn verklaard (waarover later meer) - zelf geen naleving van de cao Bestuurders VO afdwingen.

Van belang bij het voorgaande is dat wanneer de duur van de cao geëindigd is, dit niet betekent dat de bepalingen uit de cao niet langer nageleefd hoeven te worden. Reeds in 1987 oordeelde de Hoge Raad dat *"mede omdat de partijen bij een cao, ook nadat zij is geëindigd, belang erbij houden dat naleving van de door die cao gecreëerde arbeidsvoorwaarden zo goed mogelijk wordt verzekerd, past bij dat stelsel aan te nemen dat zolang uit een geëindigde cao voor de individuele werkgevers jegens hun werknemers in dier voege verplichtingen blijven voortvloeien, dat zij (totdat partijen anders overeenkomen) gebonden blijven aan die bepalingen van de cao."*¹⁰ Het leerstuk dat bepalingen uit een cao nageleefd moeten blijven worden totdat een nieuwe cao tot stand komt, wordt veelal aangeduid als 'nawerking'.

ontvangst heeft verzonden. Hoewel deze voorwaarde inmiddels wat archaïsch aandoet, houdt de Hoge Raad vooralsnog strak vast aan deze voorwaarde (vgl. HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1056, JAR 2001/82 en HR 30 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5319, JAR 2002/16). Zolang aanmelding op grond van artikel 4 WLV niet heeft plaatsgevonden, is niet sprake van een cao in de zin van de Wet cao. Op cao.minszw.nl houdt de overheid een overzicht bij van de aangemelde cao's.

⁸ Elke belanghebbende kan deze absolute nietigheid inroepen (HR 27 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2614 JAR 1998/99). Ook de werknemersvereniging die wel leden heeft bij de onderwijsinstelling, maar niet zelf de cao sluit, kan zich beroepen op deze nietigheid.

⁹ Vgl. HR 7 juni 1957, ECLI:NL:HR:1957:78, NJ 1957/527.

¹⁰ HR 19 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD3749, NJ 1988/70.

Algemeenverbindendverklaring van de bepalingen van een cao

Op grond van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) kunnen representatieve sociale partners¹¹ de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vragen de bepalingen van die cao algemeen verbindend te verklaren. Voor cao-partijen kan het aantrekkelijk zijn te verzoeken om algemeenverbindendverklaring.¹² Daarmee worden de door hen overeengekomen arbeidsvoorwaarden immers opgelegd aan de volledige bedrijfstak. Alvorens de bepalingen van de cao algemeen verbindend te verklaren, vindt een toets plaats door de minister. Daarbij toetst hij of bepalingen niet in strijd komen met dwingend recht of grondrechten. Voorts geldt dat niet alle bepalingen voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen: pensioenbepalingen worden volgens vast beleid niet algemeen verbindend verklaard, omdat voor dergelijke bepaling het instrument van de verplichtstelling bestaat.¹³ In de praktijk leent slechts een gedeelte van de bepalingen van een cao zich voor algemeenverbindendverklaring. Tot slot stelt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid door aankondiging in de Staatscourant van de tervisielegging derden in de gelegenheid om bedenkingen in te brengen tegen het verzoek tot algemeenverbindendverklaring.

Het gevolg van de algemeenverbindendverklaring is dat alle werkgevers en werknemers die onder de werkingssfeer vallen, gehouden zijn tot naleving van de algemeen verbindend verklaarde bepalingen. De algemeenverbindendverklaring zelf is een daad van materiele wetgeving. Naleving van de bepalingen van die cao is daarmee geworden tot een wettelijke verplichting. Voor zover daar enige twijfel over zou kunnen bestaan, bepaalt artikel 3 Wet AVV dat elk beding, strijdig met een algemeen verbindend verklaarde bepaling, nietig is. Anders dan bij binding op grond van de Wet cao, werkt de binding aan de cao op grond van de Wet AVV in beginsel niet na.¹⁴ Dat leidt tot de situatie dat werknemers na een periode waarin de bepalingen van een cao algemeen verbindend verklaard waren, terugvallen op hun oude rechtspositie, en hun arbeidsvoorwaarden dus een jojo-effect kunnen gaan vertonen.

Binnen het onderwijs worden (vooralsnog) alleen de bepalingen van de cao Bestuurders VO algemeen verbindend verklaard. Gedurende de perioden van algemeenverbindendverklaring dienen alle bijzondere voortgezet onderwijsinstellingen deze bepalingen toe te passen op de bestuurders die bij hen krachtens arbeidsovereenkomst werkzaam zijn.

¹¹ De Wet AVV spreekt in het kader van representativiteit over een "een belangrijke meerderheid". Uit het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen volgt dat van een belangrijke meerderheid in elk geval sprake is wanneer meer dan 60% van de werknemers in die bedrijfstak werkzaam is bij gebonden werkgevers. Onder voorwaarden bestaat de mogelijkheid dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid toch tot algemeenverbindendverklaring overgaat bij een lager representativiteitspercentage, zij het dat dit percentage in elk geval boven de 50% moet liggen.

¹² Tegelijk kan discussie worden gevoerd of dit mechanisme op de lange termijn niet juist afdoet aan de representativiteit van de werknemersverenigingen: immers, waarom zou je lid worden van een collectief, als het resultaat van collectief onderhandelen toch wel van toepassing wordt verklaard?

¹³ Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.

¹⁴ HR 18 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6786 NJ 1980/348.

Incorporatie

Tot slot kunnen werkgever en werknemer gebonden zijn aan de bepalingen van een cao, doordat zij dit met elkaar zijn overeengekomen. Dit heeft wel tot gevolg dat de ongebonden werknemer op grond van deze contractuele afspraak nakoming van de cao kan afdwingen.

Openbaar onderwijs

In elk geval tot de inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren – vermoedelijk per 1 januari 2020 – zijn de medewerkers in het openbaar onderwijs nog werkzaam in de openbare dienst krachtens publiekrechtelijke aanstelling. Zij zijn dus geen werknemer (in de zin van artikel 7:610 BW) en kunnen dus geen rechten ontleen aan de Wet cao, de Wet AVV of cao's in het algemeen. Voor hen geldt dat het bevoegd gezag op grond van artikel 125 Ambtenarenwet¹⁵ een rechtspositionele regeling dient vast te stellen. Dat is in beginsel een eenzijdige vaststelling door het bestuursorgaan, zij het dat er ruim wet- en regelgeving voor handen is, als gevolg waarvan het bevoegd gezag verplicht is te onderhandelen met de centrales van overheids- en onderwijspersoneel. De sectorale onderwijswetgeving is hierop geen uitzondering.¹⁶ Op grond daarvan dient het bevoegd gezag alvorens te besluiten tot vaststelling van een rechtspositionele regeling, overleg te voeren met de vakorganisaties van overheids- en onderwijspersoneel. Deze overlegverplichting strekt zich overigens niet slechts uit tot de openbare onderwijsinstelling, maar ook tot de bijzondere onderwijsinstellingen.¹⁷ Het bevoegd gezag kan onzes inziens niet slechts volstaan met het enkel horen van de vakorganisaties. Ten minste dient sprake te zijn van een open en reëel overleg,¹⁸ wil het bevoegd gezag in de geest van de sectorale wetgeving handelen. Daarmee is dus nog niet gegeven dat overeenstemming bereikt *moet* worden. Mocht overeenstemming uitblijven, dan staat het ambtenaren – overigens pas sinds 1980 – vrij om gebruik te maken van het stakingsrecht. Dit past bij de normalisatie en decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming, binnen welke kaders. Zowel de wetgever als sociale partners binnen het onderwijs beoogden dat de sectororganisaties in een positie zouden komen om te onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden in het bijzonder en het openbaar onderwijs. In convenanten zijn hierover nadere afspraken gemaakt.¹⁹

3. Huidige speelveld onderwijs(bestuurders)cao's

Het onderwijs kent op dit moment verschillende cao's. De reikwijdte van deze cao's spoort min of meer met het toepassingsbereik van de sectorale wet- en regelgeving. In onderstaande tabel geven wij een overzicht van de bestaande cao's.

¹⁵ Artikel 125 Ambtenarenwet is een uitwerking van artikel 109 Grondwet.

¹⁶ Vgl. artikel 38 Wet op het Primair Onderwijs, artikel 40a Wet op het Voortgezet Onderwijs, artikel 38 Wet op de expertisecentra, artikel 4.1.2 Wet educatie en beroepsonderwijs en artikel 4.5 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

¹⁷ Zie daarvoor alleen al de plaatsbepaling in de wet, onder de noemer “Regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs”.

¹⁸ Naar analogie: Rb. Den Haag 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11274. Zie voorts: *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 792, nr. 3 (MvT).

¹⁹ Voor het primair onderwijs bijvoorbeeld het Convenant decentralisatie Primair Onderwijs (*Stcrt.* 2013/32364, laatstelijk gewijzigd *Stcrt.* 2017/15653). In dat convenant liggen afspraken vast over het overleg tussen het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de PO-raad, de informatievoorziening, de gebondenheid van partijen en de evaluatie.

Sectorale regelgeving	Naam cao	Sectororganisatie
Wet op het primair onderwijs en Wet op de expertisecentra	Cao Primair Onderwijs	PO-raad
Wet op het primair onderwijs en Wet op de expertisecentra	Cao Bestuurders PO	VTOI-NVTK
Wet op het voortgezet onderwijs	Cao Voortgezet Onderwijs	VO-raad
Wet op het voortgezet onderwijs	Cao Bestuurders VO	VTOI-NVTK
Wet educatie en beroepsonderwijs	Cao MBO	MBO-raad
Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek	Cao HBO	Vereniging Hogescholen
Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek	Cao Nederlandse Universiteiten	VSNU
Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek ²⁰	Cao UMC	NFU

Als gezegd, kennen slechts de sectoren Voortgezet Onderwijs en Primair Onderwijs een bestuurders-cao. Vanwege die omstandigheid beperken wij ons in het vervolg van deze bijdrage slechts tot die twee sectoren.

Cao Bestuurders

De bestuurders-cao's worden aan werkgeverszijde niet afgesloten door de sectororganisatie. Dat verbaast niet nu de onderwijsinstellingen binnen de sectororganisaties door hun bestuurder vertegenwoordigd worden. Het zijn echter de raden van toezicht (intern toezichthouders) die doorgaans de werkgeversrol vervullen ten opzichte van de bestuurder. De (leden van de) raden van toezicht zijn verenigd in de VTOI-NVTK. Aan werknemerszijde ontbreken eveneens de reguliere cao-sluitende partijen. In het voortgezet onderwijs hebben de bestuurders zich verenigd in de OBV en in het primair onderwijs in de BvPO. De betrokken sociale partners beogen met ingang van 2020 te komen tot één cao voor het funderend onderwijs.²¹ De reden om te komen tot separate bestuurders-cao's wordt als volgt verwoord in de preambule van de cao Bestuurders PO 2011 – 2013: *"Zij doen dit vanuit de overtuiging dat het past bij de verantwoordelijkheid en de maatschappelijke opdracht van schoolbestuurders en raden van toezicht om zelf een CAO voor bestuurders tot stand te brengen die enerzijds recht doet aan de wettelijke verplichting en die anderzijds voorkomt dat bestuurders als werkgever onderhandelen over dezelfde CAO waar zij als werknemer aan gebonden zijn."*

Cao-partijen noemen dus twee redenen: (i) zij stellen vast dat er een wettelijke verplichting is om een cao tot stand te brengen en (ii) menen dat het onwenselijk is dat bestuurders als werkgever

²⁰ Omdat de Universitaire Medische Centra gereguleerd worden door de Wet hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek hebben wij deze sector meegenomen in dit overzicht. Feitelijk is sprake van een samenwerkingsvorm, waarbij de decaan van de geneeskunde faculteit zitting heeft in de raad van bestuur van het universitair medisch centrum. Het onderwijs vindt plaats onder verantwoordelijkheid van de universiteit. De uitvoering van taken – het verlenen van zorg – vindt plaats onder verantwoordelijkheid van het universitair medisch centrum.

²¹ Aldus in elk geval de website van VTOI-NVTK: <https://www.vtoi.nl/658/onderhandelingsresultaat-cao-bestuurders-po.html?qvld=24179032&qvCrc=hptccnjkaahlkii>.

onderhandelen over dezelfde cao waar zij anders als werknemer aan zouden zijn gebonden. Onderstaand gaan wij nader in op deze redenen.

De Wet op het primair onderwijs noch de Wet op het voortgezet onderwijs bevatten een verplichting een cao tot stand te brengen. Artikel 38 Wet PO en artikel 40a Wet VO bepalen slechts dat overleg gevoerd moet worden met de daarvoor in aanmerking komende vakorganisaties van overheids- en onderwijspersoneel over de door het bevoegd gezag te treffen rechtspositionele regelingen. Denkbaar zou wat ons betreft zijn dat de sectororganisatie en de betrokken vakorganisaties een dergelijk open en reëel overleg aangaan, maar in dat overleg vaststellen dat zij het niet nodig vinden om op collectief decentraal niveau regelingen af te spreken die betrekking hebben op de rechtspositie van de bestuurders. Bijvoorbeeld omdat zij menen dat bestuurders – gelet op hun maatschappelijke positie – geacht moeten worden individueel hun arbeidsvoorwaardelijke belangen te kunnen behartigen ten opzichte van de raad van toezicht. In de commerciële sector is dit een gangbare praktijk. Voor excessen is inmiddels overigens slechts beperkt ruimte nu de bestuurder nagenoeg zonder uitzondering zal worden gekwalificeerd als topfunctionaris in de zin van de Wet Normering Topinkomens, als gevolg waarvan zijn bezoldiging genormeerd is.

Daarnaast menen de bestuurders dat het onwenselijk zou zijn dat zij als werkgever onderhandelen over dezelfde cao waar zij anders als werknemer aan gebonden zouden zijn. Wij begrijpen dat het voeren van onderhandelingen in de rol van werkgever over de eigen arbeidsvoorwaarden een bepaald spanningsveld met zich brengt. Daarin zou het onderwijs echter niet uniek zijn, want dit spanningsveld doet zich ook regelmatig voor bij andere werkgeversverenigingen. Niet zelden immers past de cao-sluitende werkgeversvereniging de overeengekomen cao ook toe op haar eigen personeel, en onderhandelen werknemers van die werkgeversvereniging desondanks over hun eigen arbeidsvoorwaarden. Bovendien geldt in het onderwijs dat de bekostiging van overheidswege komt. Daarbij bepaalt de overheid dus de financiële ruimte (langs de weg van de bekostiging), en is het hooguit aan de sectororganisatie en de betrokken vakorganisaties om overeenstemming te bereiken over de aanwending van een deel van de middelen binnen deze financiële ruimte. De gebruikelijke spanning tussen werkgevers- en werknemersverenigingen, zoals we die kennen uit de marktsector, ontbreekt doordat uiteindelijk de overheid de bekostiging moet opbrengen en kaders stelt. Overigens zou ook tegemoetgekomen kunnen worden aan dit bezwaar wanneer sociale partners op sectorniveau zouden afspreken dat zij geen afspraken maken over de arbeidsvoorwaarden van bestuurders.

Wat ons betreft is er dus geen noodzaak voor sociale partners om een aparte cao voor bestuurders af te sluiten. Voorts valt er onzes inziens wat af te dingen op de door sociale partners genoemde redenen om te komen tot een eigen cao. Daarmee is wat ons betreft overigens niet gegeven dat de bestuurders-cao's dus onwenselijk zijn.

4. Contrapunten in het politieke debat en de WNT

Politiek Den Haag is vooralsnog in elk geval niet overtuigd van de wenselijkheid van de bestuurders-cao's. Direct na de totstandkoming van de eerste bestuurder-cao in 2011 diende Beertema (PVV) een motie in waarin hij stelde dat de beloningen van bestuurders in het onderwijs steeds minder onder de onderwijs-cao vallen en dat de BBRA-schalen zoals die voor leraren en

onderwijsondersteunend personeel gelden, steeds minder van toepassing zijn op de beloning van managers en bestuurders; hij verzocht de regering de BBRA-schalen voor te schrijven voor bestuur en management in het hele onderwijs.²² Deze motie werd ontraden door de minister en niet aangenomen. Wellicht was een troost voor Beertema dat met ingang van 1 januari 2013 de Wet Normering Topinkomens (WNT) in werking trad.²³ De WNT normeerde de totale bezoldiging van topfunctionarissen werkzaam in de publieke en semi-publieke sector. Ook de bestuurders in het onderwijs werden gekwalificeerd als topfunctionaris en werden dus genormeerd. Daarbij merken wij op dat aanvankelijk sprake was van een grofmazige normering.

Het gemor en de parlementaire onvrede over de rechtspositie van bestuurders in het onderwijs verstomde daarmee echter niet. In mei 2013 is door het lid Van Meenen (D66) een motie ingediend, waarin hij stelde dat gebleken was van onwenselijk gedrag bij de beloning en salariëring van bestuurders in het onderwijs. Hij verzocht *"de regering, in overleg met de sectoren de mogelijkheid te onderzoeken tot het instellen van een (publiek transparante) cao voor bestuurders in het mbo en het hoger onderwijs."*²⁴ Deze motie haalde het wel. Bestuurders-cao's voor de sectoren MBO en hoger onderwijs kwamen evenwel niet tot stand. Wanneer in juni 2013 de bepalingen van de cao Bestuurders VO voor de eerste maal algemeen verbindend verklaard worden – en daarmee de facto een minimumsalaris tot stand komt voor bestuurders van bijzondere onderwijsinstellingen – ontbrandt de discussie in volle hevigheid. Daarbij komt dat de salarisschalen met gemiddeld 15% waren opgeschroefd als gevolg van het opgeven van de secundaire arbeidsvoorwaarden door bestuurders. In maart 2014 diende Van Meenen opnieuw moties in: tezamen met Jasper Van Dijk (SP) en Mohandis (PvdA) vroeg hij *"de regering, in overleg met de sectoren en sociale partners waaronder VTOI en OBV, te komen tot en oplossing waardoor arbeidsvoorwaarden van bestuurders in het onderwijs onderdeel worden van de cao die voor al het onderwijspersoneel geldt."*²⁵ En samen met Mohandis verzocht Van Meenen de regering *"per ministeriele regeling vast te leggen dat de algemene salarisstijging van beloningen van onderwijsbestuurders wordt gekoppeld aan de algemene salarisstijging van het overige onderwijspersoneel, zoals leraren, conciërges en klassenassistenten."*²⁶ Beide moties werden aangenomen. Opmerkelijk was dat waar Van Meenen aanvankelijk pleitte voor de totstandkoming van separate bestuurders-cao's in de sectoren MBO en hoger onderwijs, hij in maart 2014 moties indiende tegen het bestaan van separate bestuurders-cao's. Van Meenen verklaart dit als volgt: *"Ik diende eerder een motie in waarin de regering wordt verzocht om de bestuurders van het MBO en het hoger onderwijs onder een bestuurders-cao te brengen. Op zich vind ik een bestuurders-cao namelijk een verbetering ten opzichte van de intransparantie van de kamer van de bestuurder en de raad van toezicht. Dan wordt een en ander al duidelijker en dat zou een stap in de goede richting zijn. Dat is nog niet gelukt, en ik wil nu toch direct een stap verder gaan. Mede gebaseerd op mijn eigen ervaring, die hier minder ter zake doet, wil ik ervoor zorgen dat iedereen weer het gevoel krijgt dat ook de bestuurder deel uitmaakt van de onderwijsinstelling."*²⁷

²² Kamerstukken II 2010/11, 31 288, nr. 188.

²³ Aanvankelijk nog onder de naam Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, Stb. 2012/583.

²⁴ Kamerstukken II 2012-2013, 33 495, nr. 20.

²⁵ Kamerstukken II 2013-2014, 33495, nr. 36.

²⁶ Kamerstukken II 2013-2014, 33495, nr. 37.

²⁷ Kamerstukken II 2013-2014, 31 889, nr. 8, p. 3.

Voorgaand betoog geeft voeding aan de gedachte dat het niet zozeer gaat om het misgunnen van bestuurders van eigen cao's maar het bevorderen van transparantie bij de totstandkoming van de arbeidsvoorwaarden – en dan specifiek de salariering en het voorkomen van hogere salarisstijgingen voor bestuurders dan voor de rest van het onderwijspersoneel – en het stimuleren van een hoge(re) mate van overeenkomst tussen de arbeidsvoorwaarden van het onderwijspersoneel en die van onderwijsbestuurders. Volgens Van Meenen leidt dat ertoe dat men 'samen school is'.²⁸ Het lijkt daarmee of het brengen van de bestuurders onder de brede cao VO wordt gezien als instrument om de hoogte van de bezoldiging te beperken.

Nadere regulering van de bezoldiging van bestuurders vindt vervolgens met ingang van 1 januari 2015 plaats door inwerkingtreding van de WNT-II. Die wet bracht het aanvankelijk bezoldigingsmaximum van 130% van een ministersalaris terug naar 100% van een ministersalaris. Bij de parlementaire behandeling van de WNT-2 verzochten Mohandis en Van Meenen om binnen de normering voor de sector onderwijs, te differentiëren tussen de verschillende salarisklassen en deze differentiatie vast te leggen bij ministeriele regeling.²⁹ Deze differentiatie vond zijn weg naar de Regeling,³⁰ die in aangepaste vorm in werking trad per 1 januari 2016. De facto veroorzaakte deze differentiatie een forse verlaging van de maximaal toegestane bezoldiging. Bestaande bezoldigingsafspraken bleven evenwel gesauveerd onder het overgangsrecht.

De in maart 2018 ingediende motie van Kwint en Beertema, die ertoe strekt om bestuurders – althans hun salarismodelling – onder te brengen in de 'onderwijs-cao', werd desondanks aangenomen.³¹ Kennelijk bestaat er Kamerbreed nog altijd onvrede over het bestaan van separate bestuurders-cao's, althans in elk geval over de hoogte van de bezoldiging van bestuurders in het onderwijs. Het is de vraag of het bezoldigingsdebat van bestuurders inmiddels niet beter langs de band van de WNT zou kunnen worden gevoerd dan langs de band van de cao-discussie. Daarbij komt dat – zoals Minister Van Engelshoven terecht opmerkte toen zij de motie ontraadde – dat de werkingssfeer van een cao de zaak is van sociale partners en dat deze contractsvrijheid internationaalrechtelijk geborgd is (zie ook de paragraaf hierna).

5. Uitgangspunten cao-onderhandelingen

De vrijheid van vereniging is vastgelegd in artikel 8 van de Grondwet. Op grond van deze vrijheid van vereniging is het toegestaan dat werknemers en werkgevers zich verenigen in vakbonden of werkgeversorganisaties. Doorgaans proberen deze partijen in gezamenlijkheid een cao overeen te komen waarin de arbeidsvoorwaarden voor het personeel zijn verankerd. Een recht op vereniging betekent echter niet dat er ook een recht op collectief onderhandelen bestaat in de Nederlandse wetgeving. Een dergelijk recht zou echter wel afgeleid kunnen worden uit het internationale recht. ILO-verdrag 98 ziet op de toepassing van de beginselen van het recht zich te organiseren en op collectief onderhandelen. Hoewel artikelen 3 en 4 ILO-verdrag 98 geen expliciet verbod bevatten om van overheidswege beperkingen te stellen aan het recht op collectieve onderhandelingen, bepalen zij wel dat de overheid passende maatregelen dient te nemen om collectieve

²⁸ *Kamerstukken II* 2013-2014, 31 889, nr. 8, p. 3.

²⁹ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 495, nr. 45.

³⁰ Regeling bezoldiging topfunctionarissen OCW-sectoren, zoals deze luidde vanaf 1 januari 2016 tot en met 31 december 2016.

³¹ *Kamerstukken II* 2017-2018, 27 923, nr. 286.

onderhandelingen te bevorderen.³² Juist deze aansporing om vrije onderhandelingen te laten plaatsvinden verhoudt zich lastig tot het bij wet voorschrijven dat de rechtspositie van bestuurders niet in een separate cao geregeld mag worden.³³ Het Europees Sociaal Handvest (ESH) biedt vermoedelijk nog de meest expliciete grondslag. In artikel 6 ESH verbinden de verdragsluitende landen zich verschillende maatregelen te treffen "*teneinde de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen*." Daarbij zullen de verdragsluitende landen waarborgen het "*paritair overleg tussen werknemers en werkgevers te bevorderen*." Het recht op collectief onderhandelen werkt niet rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde. Wel is het zo dat de overheid dit recht moet respecteren. Beperkingen van dit recht zijn op grond van artikel 31 Europees Sociaal Handvest alleen toegestaan bij wet en dan alleen indien dit noodzakelijk is voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. Mocht de overheid de effectuering van het recht op collectieve onderhandelingen belemmeren, dan staat de weg voor werknemers open een collectieve actie te voeren ter verdediging van hun recht. Uit een uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat een beperking van het recht op collectief onderhandelen kan bestaan uit overheidsbeleid inzake arbeidsvoorwaarden die onderwerp van dergelijke collectieve onderhandelingen zouden moeten zijn.³⁴ Het recht op collectieve onderhandeling betekent echter niet vanzelfsprekend dat vakbonden zouden kunnen afdwingen dat met hen cao-onderhandelingen worden gevoerd.³⁵ Een eventueel ingrijpen van overheidswege, door bij wet of algemene maatregel van bestuur te bepalen dat onderwijsbestuurders gebracht moeten worden onder de werkingssfeer van de brede onderwijs-cao's, lijkt ons in strijd komen met deze bepalingen. Daarbij komt dat het een majeure stijlbreuk zou vormen met het op dit moment nog opgeld doende uitgangspunt dat het primaat van vaststelling van de arbeidsvoorwaarden bij sociale partners rust. Daarbij hoort ook de afbakening van de werkingssferen.³⁶ Juist in een sector die net de transitie is naar (nagenoeg) volledig decentrale arbeidsvoorwaardenvorming heeft doorlopen, zou een ingrijpen, zoals voorgestaan door Kwint en Beertema, een forse stap in de verkeerde richting zijn, namelijk een aantasting van de basale rechten van onderwijsbestuurders om zichzelf te verenigen en op collectief niveau arbeidsvoorwaardelijke afspraken te maken.

6. Conclusie

De vraag of er een toekomst bestaat voor de bestuurders-cao's is niet zozeer een juridische vraag. Het komt met name op de wenselijkheid aan van een dergelijke cao. Een meerderheid in de Tweede

³² Deze artikelen luiden als volgt: 3. "Machinery appropriate to national conditions shall be established, where necessary, for the purpose of ensuring respect for the right to organise as defined in the preceding Articles." 4. "Measures appropriate to national conditions shall be taken, where necessary, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for voluntary negotiation negotiation between employers or employers' organisations and workers' organisations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements."

³³ Enige terughoudendheid past ons hier ten aanzien van ambtenaren (zoals voorlopig nog in het openbaar onderwijs): artikel 6 bepaalt dat ILO-verdrag geen betrekking heeft op "public servants".

³⁴ HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1529, JAR 1994/268.

³⁵ W.J.P. Fase en J. van Drongelen, *'Cao-recht; Het recht met betrekking tot CAO's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan'*, Deventer: 2004, p. 135.

³⁶ Vgl. Toetsingskader AVV, onder randnummer 7: "Belangrijke uitgangspunten in het cao- en avv-beleid zijn de eigen verantwoordelijkheid van cao-partijen voor de afbakening van de werkingssfeer en dat dispensatie zoveel mogelijk door cao-partijen zelf wordt geregeld, teneinde voor de desbetreffende sector maatwerk te realiseren."

Kamer heeft inmiddels bij herhaling aangegeven een aparte cao niet wenselijk te vinden. Zonder overigens een eenduidig alternatief voor te stellen. Het is immers maar de vraag of dezelfde meerderheden in zijn voor een systeem waarin alle bestuurders afzonderlijk onderhandelen met hun toezichthouder – een variant waarmee ook de ‘dubbelrol’ van onderwijsbestuurders, als werkgever en werknemer, in onderhandelingen zou wegnemen.

Hoewel wij menen dat er wel iets af te dingen valt op de reden die de cao-sluitende partijen hebben genoemd om te komen tot een bestuurders-cao, zien wij daarin geen reden voor wettelijke verplichting om onderwijsbestuurders onder een cao te brengen. Het komt vaker voor dat onderhandelaars van werkgeversverenigingen in een ambivalente positie zitten, waarbij zij – vanuit werkgeversperspectief – onderhandelen over arbeidsvoorwaarden, terwijl die arbeidsvoorwaarden op henzelf – als werknemer – van toepassing zijn. Wat daar ook van zij, dat doet niet af aan het feit dat uiteindelijk de politiek niet gaat over de afbakening van werkingssferen van cao's. Net als alle andere werknemers hebben bestuurders in het onderwijs een eigen – internationaalrechtelijk geborgd – recht op het voeren van collectieve onderhandelingen. En zolang er aan werkgeverszijde bereidheid is om met de onderwijsbestuurders een separate cao te sluiten, staat daarmee in beginsel vast dat zij gezamenlijk afspraken kunnen maken. Uiteindelijk is het dus aan de in de sector actieve sociale partners om een standpunt te bepalen. De politiek komt daarbij geen vooraanstaande rol toe.

De overheid lijkt met de discussie over de bestuurders-cao's te zoeken naar aanvullende middelen om controle te houden over de hoogte van de bezoldiging van onderwijsbestuurders en de wijze waarop deze tot stand komt. Het onderbrengen van bestuurders in de brede onderwijs-cao's is echter niet een passend overheidsinstrument om de (minimale) salariëring van onderwijsbestuurders aan banden te leggen. Wat ons betreft is de salariëring en de totstandkoming daarvan een onderwerp dat op de onderhandelingstafel van sociale partners ligt en ook hoort te liggen. De politieke discussie vormt mogelijk wel aanleiding om dit onderwerp mee te nemen bij de evaluatie van de Wet normering topinkomens. Dat kan mogelijk tot verdere regulering of beperking van deze bezoldiging van onderwijsbestuurders leiden (voor zover dat politiek nodig wordt geacht). Nu relatief kort geleden de WNT-II in werking is getreden, wat een aantoonbaar neerwaarts effect heeft gehad op de bezoldiging, zouden wij ons kunnen voorstellen dat daaraan voorafgaat een uitgebreid onderzoek naar de bezoldiging van onderwijsbestuurders zodat feit en fictie van elkaar gescheiden worden.

Ten slotte: zijn onderwijs-cao's robuust genoeg voor de 21e eeuw?

Renée van Schoonhoven en Frans Brekelmans

De decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming is een omvangrijke operatie geweest. In nog geen twee decennia tijd is het gelukt de verantwoordelijkheid voor vorm en inhoud van de arbeidsvoorwaarden van het onderwijspersoneel te verplaatsen van de minister van Binnenlandse Zaken naar de bevoegde gezagsorganen in het onderwijs. Daarmee is het werken met collectieve arbeidsovereenkomsten, voor elke onderwijssector één, gemeengoed geworden. Het VU symposium op 12 oktober 2018 gaat over de vraag of dit cao-bouwwerk in het onderwijs robuust genoeg is om de tijd des tijds te doorstaan? Er zijn immers signalen dat de besprekingen niet aan elke overlegtafel even soepel verlopen, en dat de (te?) hoge verwachtingen die die twintig jaar geleden nog aan het decentrale cao-model waren verbonden, niet zijn ingelost.

Het symposium heeft drie doelstellingen, te weten (a) inventariseren en bespreken wat anno 2018 de stand van zaken is als het gaat om cao-overleg in het onderwijs, (b) te benoemen wat de belangrijkste aandachtspunten zijn en welke ontwikkelingen relevant zijn voor de nabije toekomst en (c) aan te geven wat de contouren kunnen zijn van een overlegmodel dat robuust genoeg is om de komende decennia te doorstaan. In deze bundel zijn hiertoe alvast enkele deelthema's belicht. In deze epiloog vatten we enkele rode draden uit de bijdragen van de auteurs samen. Hiermee ontstaat een eerste schets van de belangrijkste aandachtspunten bij het functioneren van het cao-model in het onderwijs anno 2018 en van suggesties voor verbetering.

Aandachtspunten anno 2018

Als het gaat om de belangrijkste aandachtspunten is allereerst relevant op te merken dat niet alleen in het onderwijs het vraagstuk actueel is. De bijdrage van Maarten Keune laat zien dat de materie breder leeft, en dat zelfs getwijfeld kan worden aan het overlevingsvermogen van het poldermodel als zodanig. Ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en de dalende organisatiegraad van de vakbeweging zijn daar debet aan, en in concreto terug te zien in een verhoudingsgewijs sterker wordende positie van werkgevers. Dat alles vermindert de *legitimiteit van het poldermodel*.

Een tweede belangrijk issue in de werking van het cao-model in het onderwijs is het gegeven dat onderhandelingsmarges sterk afhankelijk zijn van de toestand van 's Rijks financiën. Van Schoonhoven gaat daar in haar bijdrage op in. Daarin schetst zij dat onderwijswerkgevers dan wel een eigen portemonnee hebben, maar wat er inzit wordt door het kabinet bepaald. En dat 'bepalen' betekent vaker dat er minder inzit dan waarover werkgevers in andere sectoren kunnen beschikken; de opgelopen achterstand wordt dan overigens na enkele jaren wel weer ingehaald door positieve bijstellingen. Laat onverlet dat sociale partners in het onderwijs door in belangrijke mate de toepassing van het zogeheten *referentiemodel* aan de cao-tafels, nauwelijks bewegingsruimte hebben. De verwachting is overigens dat het normaliseren van de rechtspositie van ambtenaren hierin geen verandering brengt.

Dan de onderwijs-cao's als zodanig. Regelmatig spreken sociale partners af dat onderdelen van cao-afspraken nader worden uitgewerkt op lokaal niveau, in *overleg tussen het bevoegd gezag en het medezeggenschapsorgaan*. De achterliggende intenties daarvan zijn in orde, zo beschrijft Kees Jansen in zijn bijdrage, maar daarmee is nog niet gezegd dat dat lokale overleg vervolgens ook successen oplevert. Interessant is dat de auteur ingaat op de verschillende vormen van representativiteit van delegaties aan de cao-tafel respectievelijk het lokale overleg. Dat verklaart (deels) de spanningen die lokaal kunnen ontstaan over de uitwerking van cao-afspraken.

In deze bundel belichten verschillende auteurs actuele ontwikkelingen in het onderwijs, die om agendering aan de cao-tafel vragen. Zo werkt algemene wetgeving met regelmaat door op de inhoud van onderwijs-cao's, zoals de Wet Werk en Zekerheid die de aanzet gaf tot een fundamentele functiewijziging voor de *commissies van beroep in het onderwijs*; André Joosten is daar in zijn bijdrage op ingegaan. Maarten Tanja gaat in op de eveneens in het onderwijs actuele tendens van het inzetten van *payroll werknemers*. Er is nieuwe wetgeving ophanden die beoogt de negatieve aspecten van dit fenomeen te reduceren, maar in zijn optiek is de benaderingswijze niet afdoende. Voor een echte oplossing zijn, ook in het onderwijs, cao-afspraken nodig.

Verder zijn er ontwikkelingen in het onderwijs zelf die om de aandacht van sociale partners in deze sector vragen. Zo beschrijft Marianne van Es de door de wetgever beoogde *versterking van de positie van de leraar*; daar waar de wetgever zich lijkt te focussen op de professionaliteit van het individu, lijken sociale partners eerder de lijn te volgen van versterking van de zeggenschap van teams. Een tegenstelling die in scholen tot vragen kan over wat nu meer richtinggevend is: de onderwijswetgeving of de cao-afpraak?

De auteurs Jorn de Bruin en Jochem Streefkerk belichten vervolgens een voorbeeld van samenwerking van schoolbesturen met andere (semi-)publieke diensten, i.c. de kinderopvang. Dergelijke *intersectorale samenwerkingsvormen* worden door beleid en politiek gestimuleerd; vrij veel schoolbesturen zoeken die samenwerking op. Waarbij dan de vraag rijst: 'maar, onder welke cao valt ons personeel dan? Die van het onderwijs en/of de kinderopvang en/of het sociaal werk?' De auteurs beschrijven wat daarbij de issues zijn en wat - aan de cao-tafel te realiseren - oplossingsrichtingen kunnen zijn.

Ten slotte komt uit de bundel naar voren dat in de politiek sterke denkbeelden leven over het bereik van de onderwijs-cao's. In die zin dat een Kamermeerderheid graag ziet dat *onderwijs-bestuurders onder de cao's* voor het primair en voortgezet onderwijs worden gebracht. Interessant is dat de gedachte daarbij lijkt te zijn dat daarmee de hoogte van de bestuurderssalaries kan worden 'beteugeld'. De bijdragen van Gilles Raaijmakers respectievelijk van Jorn de Bruin, Jochem Streefkerk en Judith Verbeek belichten verschillende aspecten van deze materie. Hun conclusie is gelijkluidend: het is niet aan de politiek om cao's samen te voegen; het bepalen van doelgroep en bereik is aan sociale partners.

We kunnen het ook als volgt formuleren: de overheid heeft met de decentralisatie in beginsel afstand genomen van de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs. Tegelijkertijd heeft het kabinet met het referentiemodel nog een sterk stevig stuur in handen. De rolvastheid van partijen - overheid, werkgevers en werknemersorganisaties - bij de uitvoering van het cao-model in het

onderwijs is niet altijd even sterk.³⁷ Sociale partners in het onderwijs doen op zich hun best, en op onderdelen worden zeer zeker mooie afspraken gemaakt, maar de onderwijs-cao's zijn - gegeven de constellatie en omstandigheden - nu niet direct uitgegroeid tot hét fundament of sturingsinstrument van ons onderwijsbestel.

Er zijn voorts signalen dat cao-afspraken er in de onderwijspraktijk (steeds) minder toe doen, dat cao-schalen bijvoorbeeld niet altijd even strikt worden toegepast, dat met secundaire arbeidsvoorwaarden creatief wordt omgegaan en dat vakantieregelingen dan wel op papier worden uitgevoerd maar in de praktijk een andere inhoud hebben. Naarmate cao-afspraken in de sector van minder waarde worden gevonden, neemt ook het besef af dat achter dergelijke afspraken soms gedachten leven van het belang van collectiviteit. Een tendens die nog eens kan worden versterkt als in de politiek beelden ontstaan dat Den Haag er over gaat - of: er over kán gaan, bijvoorbeeld over welke doelgroepen al dan niet onder een sector-cao vallen. Zwakke onderhandelingsstafels roepen Haagse sturingsbehoeften op.

Tegen deze achtergrond is het op zich niet opmerkelijk dat onderwijspersoneel ontevreden is over de wijze waarop met hun arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden wordt omgegaan. Het ontstaan van PO in Actie en het PO Front en de nieuwe actievormen die daarmee gepaard gaan, is verklaarbaar. Actievormen die in het licht van juridische criteria, in deze bundel helder uiteengezet door Elmira van Vliet, vooralsnog niet problematisch zijn.

Agenderen voor de toekomst

De crisis in het poldermodel lossen we in het onderwijs alleen, niet op. Tegelijkertijd kan door de relevante actoren in het onderwijs uiteraard wel worden gezien of en hoe de aandachtspunten die - ook - leven rond de arbeidsvoorwaardenvorming in het onderwijs, waarvan hiervoor slechts enkele zijn aangestipt, naar de toekomst toe kunnen worden geadresseerd.

Wij denken dat het daarbij kan gaan over de volgende agendapunten:

- Hoe kijken sociale partners in het onderwijs aan tegen de toekomst van het werkgever- en werknemerschap in deze sector?
- Welke functie vervult in hun optiek de figuur van de cao bij het (helpen) realiseren van goed leraarschap en goed onderwijs?
- Wat kan de onderwijsvakbeweging - breed opgevat - doen om meer te betekenen voor meer leerkrachten en onderwijsondersteuners? Kunnen de sectorraden daarbij een vorm van steun verlenen?
- Is het mogelijk de (ervaren) legitimiteit van cao-afspraken in het onderwijs te versterken, bijvoorbeeld door actuele ontwikkelingen (eerder) in te bedden in of te relateren aan de cao-tafel?
- Hoe kan de overheid bijdragen aan een beter functionerend cao-model in het onderwijs? Hoe raadpleegt het kabinet in de nabije toekomst bijvoorbeeld de onderwijswerkgevers als het gaat om sociaal-economische wet- en regelgeving? En: gaat het Ministerie van OCW komende tijd

³⁷ F. Cörvers & M. van der Meer (red.), *Onderwijs aan het werk – 2018. Analyses, feiten en visies over werken in het onderwijs*. Den Haag: CAOP 2018, p. 214-215.

vaker 'meekijken' bij het verloop van de decentrale onderhandelingen, en zo ja, hoe draagt dat bij aan effectieve arbeidsverhoudingen?

Dit zijn alle agendapunten, áls partijen daar het gesprek over aangaan, zeker niet in een week of kwartaal afgekaart zullen zijn. Daar is meer tijd voor nodig. Wellicht dat daarvoor tijd en ruimte kan worden geschapen, door bovensectoraal voor alle onderwijssectoren gelijkelijk overeen te komen dat voor dat meer fundamentele debat één à twee jaar wordt uitgetrokken. In welke periode de aanpassingen in de sectorale cao's dan een meer technisch karakter zullen hebben en de salarisontwikkeling marktconform zal zijn. Van alle partijen zou zo'n aanpak vergen dat zij over hun eigen belang heen kijken en het belang in zien van het grotere geheel: goede, passende arbeidsvoorwaarden voor personeel in een sector die maatschappelijk gezien van grote waarde is.